

Verwaltungsvorschriften
zur Sachverhaltsermittlung
- Grenzen ihrer Bindungswirkung
für die Gerichte

Zugleich ein Beitrag zum Vorbehalt
des Gesetzes

Ulrich Ossig

*Ossig
Erlangen*

Verwaltungsvorschriften zur Sachverhaltsermittlung
- Grenzen ihrer Bindungswirkung für die Gerichte

Zugleich ein Beitrag zum Vorbehalt des Gesetzes

Inaugural-Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen-Nürnberg

vorgelegt von
Ulrich Ossig
aus Nürnberg

Referent: Prof. Dr. jur., Docteur en Droit, Dottore in
Giurisprudenza Walter Leisner

Dekan: Prof. Dr. jur. Max Vollkommer

Tag der mündlichen Prüfung: 11.02.1985

Inhaltsverzeichnis

	Seite
I. Grundlegung und Problemstellung	1
1. Definition der Verwaltungsvorschriften (VVen)	1
2. Die Rechtssatzqualität der VVen	3
3. Die derzeitige Problematik der VVen	5
4. Typologie der VVen	11
5. Problemstellung und Lösungsweg der Arbeit	15
II. Die VVen zur Sachverhaltsermittlung in Abhängigkeit vom Vorbehalt des Gesetzes	21
1. Der Umfang des Vorbehalts des Gesetzes	21
a) Der traditionelle Eingriffsvorbehalt	21
b) Die Ableitung des Vorbehalts des Gesetzes aus den Spezialvorbehalten des GG	25
c) Die Ableitung des Vorbehalts des Gesetzes aus dem Gewaltenteilungsprinzip	32
d) Die Ableitung des Vorbehalts des Gesetzes aus dem Vorrang des Gesetzes	36
e) Die Ableitung des Vorbehalts des Gesetzes aus dem Demokratieprinzip	37
f) Die Ableitung des Vorbehalts des Gesetzes aus Art. 80 GG	41
g) Die Ableitung des Vorbehalts des Gesetzes aus dem Rechtsstaatsprinzip (Rechtsstaats- vorbehalt)	46
aa) Das allgemeine Rechtsstaatsprinzip	46
bb) Die Ausprägung in Art. 19 Abs. 4 GG	49
cc) Weitere verfassungsrechtliche Aspekte	53
dd) Die Verpflichtung des Gesetzgebers	57
ee) Stellungnahme zu den erwähnten Gegenmeinungen	59
ff) Der Rechtsstaatsvorbehalt im Landesrecht	67
gg) Die Kritik am Rechtsstaatsvorbehalt	69

	Seite
2. Der Umfang der Konkretisierungspflicht auf dem Gebiet der Sachverhaltsermittlung	70
a) Konkretisierungen, die der Gesetzgeber vornehmen muß	70
b) Konkretisierungen, die der Gesetzgeber vornehmen darf	74
c) Der Spielraum des Gesetzgebers	78
3. Der daraus ableitbare Umfang der außenwirksamen VVen zur Sachverhaltsermittlung	82
III. VVen zur Sachverhaltsermittlung und Gerichte	86
1. Die gerichtliche Anwendung gesetzeseergänzender VVen, die das allgemeine Verfahren der Sachverhaltsermittlung regeln	87
a) Der Grundsatz	87
b) Ausnahmen auf Grund der Organisationsgewalt	88
c) Ausnahmen auf Grund Vertrauensschutzes	93
d) Ausnahmen aus Gründen der Praktikabilität	96
2. Die gerichtliche Anwendung der VVen zur Norminterpretation von Verfahrensvorschriften	102
3. Die gerichtliche Anwendung ermessenslenkender VVen, die das Verfahren der Sachverhaltsermittlung regeln	108
a) Der Grundsatz	108
b) Grenzen der Selbstbindung	112
c) Grenzen der Selbstbindung bei ermessenslenkenden VVen im Rahmen der Sachverhaltsermittlung	116

	Seite
IV. Die Bindungswirkung spezieller Gruppen von VVen zur Sachverhaltsermittlung für die Gerichte	118
1. Allgemeine Verfahrensvorschriften	119
2. Pauschalierungen und Typisierungen	124
3. Die Grundsätze zur Neuordnung der Finanzämter und zur Neuordnung des Besteuerungsverfahrens (GNOFÄ) und der Bankenerlaß	132
4. Schätzungsrichtlinien	136
5. Bewertungsrichtlinien	140
V. Schlußbemerkung	144

Literaturverzeichnis

- | | |
|---------------------|---|
| Achterberg, Norbert | Probleme der Funktionenlehre,
München 1970 |
| ders. | Allgemeines Verwaltungsrecht,
Heidelberg 1982 |
| ders. | Kriterien des Gesetzesbegriffes
unter dem Grundgesetz, DöV 1973,
289 |
| Altehoefer, Klaus | Anerkennung von Pauschbeträgen
im steuergerichtlichen Verfahren
DStR 1981, 183 |
| Anschütz, Gerhard | Kritische Studien zur Lehre vom
Rechtssatz und formellen Gesetz,
Tübingen 1913 ² |
| Bachof, Otto | Begriff und Wesen des sozialen
Rechtsstaates, VVDStRL 12 (1954),
37 |
| ders. | Beurteilungsspielraum, Ermessen
und unbestimmter Rechtsbegriff,
JZ 1955, 97 |
| ders. | Diskussionsbeitrag in VVDStRL 24
(1966), 224 |
| Badura, Peter | Diskussionsbeitrag in VVDStRL 24
(1966), 210 |

- | | |
|---|--|
| Barby, Hanns von | Zur Problematik der Verwaltungsvorschriften im Wirtschaftsrecht, BB 1973, 366 |
| Baumbach, Adolf
Lauterbach, Wolfgang
Albers, Jan
Hartmann, Peter | Zivilprozeßordnung,
München 1984 42 |
| Bellstedt, Christoph | Bedürfen Subventionen gesetzlicher Grundlage ? DöV 1961, 161 |
| Bethge, Herbert | Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren, NJW 82, 1 |
| Bettermann, Karl August | Das Verwaltungsverfahren, VVDStRL 17 (1959), 118 |
| Böckenförde, Ernst-Wolfgang | Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, Berlin 1964 |
| Böckenförde, Ernst-Wolfgang
Grawert, Rolf | Sonderverordnungen zur Regelung besonderer Gewaltverhältnisse, AöR 95 (1970), 1 |
| Breuer, Rüdiger | Die rechtliche Bedeutung der Verwaltungsvorschrift nach § 48 BImSchG im Genehmigungsverfahren, DVBl 1978, 28 |

Breuer, Rüdiger	Direkte und indirekte Rezeption technischer Regeln durch die Rechtsordnung, AöR 101 (1976), 46
Brockhoff, Hedin	Grundlagen und Grenzen der Typisierung im EStR, StbJb 1963/64, 320
Brohm, Winfried	Verwaltungsvorschriften und besonderes Gewaltverhältnis, DöV 1964, 238
Bühler, Ottmar Strickrodt, Georg	Steuerrecht, Grundriß in zwei Bänden, Bd. I, Wiesbaden 1960 ³
Bull, Hans Peter	Allgemeines Verwaltungsrecht, Königstein (Ts.) 1982
Bullinger, Martin	Vertrag und Verwaltungsakt, Stuttgart 1962
Czermak, Fritz	Gesetzmäßigkeit und Subventionsgewährung, NJW 1961, 1760
Dicke, Detlev Christian	Der allgemeine Gleichheitssatz und die Selbstbindung der Verwaltung, VerwA 59 (1968), 293
Ehmke, Horst	Diskussionsbeitrag in VVDStRL 24 (1966), 230

Eiselt, Gerhard	Richtlinien für Unterricht und Erziehung im Schulwesen als administrativ gesetztes Recht, DöV 1980, 405
Erichsen, Hans-Uwe	Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwA 69 (1978), 387 VerwA 70 (1979), 249
Erichsen, Hans-Uwe Martens, Wolfgang	Allgemeines Verwaltungsrecht, Berlin, New York 1981 ⁵
Ermacora, Felix	Die Organisationsgewalt, VVDStRL 16 (1958), 191
Eyermann, Erich Fröhler, Ludwig	Verwaltungsgerichtsordnung, München 1980 ⁸
Felix, Günther	Sachverhaltsmäßige oder typisierende Betrachtungsweise, FR 1957, 313
Forsthoff, Ernst	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, München 1973 ¹⁰
Friauf, Karl Heinrich	Bemerkungen zur verfassungsrechtlichen Problematik des Subventionswesens, DVB1 1966, 729
Friesenhahn, Ernst	Über Begriff und Arten der Rechtsprechung in: Festschrift für Richard Thoma, Tübingen 1950

Frohn, Hansgeorg	Gesetzesbegriff und Gewaltenteilung, Diss., Köln 1977
Giacometti, Zaccharias	Allgemeine Lehren des rechts- staatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960
Goerlich, Helmut	Die Gesetzmäßigkeit der Planung, NVwZ 1982, 607
Groß, Rolf	Zur originären Rechtssetzung der Exekutive, DöV 1971, 186
Hansen, Hans-Jürgen	Fachliche Weisung und materielles Gesetz, Hamburg 1971
Haueisen, Fritz	Zahlenmäßige Konkretisierung ("Quantifizierung") unbestimmter Rechtsbegriffe, NJW 1973, 641
Heinze, Christian	Gesetzesähnliche Wirkung von Verwaltungsvorschriften ? BB 1976, 772
Henckel, Wolfram	Prozeßrecht und materielles Recht, Göttingen 1970
Herzog, Roman	Gesetzgeber und Verwaltung, VVDStRL 24 (1966), 183
Hesse, Konrad	Bestand und Bedeutung der Grund- rechte in der Bundesrepublik Deutschland, EuGRZ 1978, 427

- | | |
|--|---|
| Hesse, Konrad | Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1982 ¹³ |
| Heydte von der, Friedrich August | Diskussionsbeitrag in VVDStRL 24 (1966), 217, 224 |
| Hobbes, Thomas | Leviathan (hrsg. v. Wilhelm Hennis, Hans Maier), Neuwied 1966 |
| Hoepffner, Klaus | Gesetzesverdrängung durch Verwaltungshandeln im Steuerrecht, Diss., Würzburg 1970 |
| Huber, Ernst Rudolf | Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. III, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1970 ² |
| Hübschmann, Walter
Hepp, Ernst
Spitaler, Armin | Kommentar zur Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung, Köln 1981 ⁸ |
| Imboden, Max | Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, Basel, Stuttgart 1962 |
| Isensee, Josef | Die typisierende Verwaltung, Berlin 1976 |
| ders. | Verwaltungsraison gegen Verwaltungsrecht, StuW 1973, 199 |
| Ipsen, Peter | Verwaltung durch Subvention, VVDStRL 25 (1967), 257 |

Jaehnike, Götz Uwe	Die Bindung der Finanzgerichte an Verwaltungsvorschriften, StuW 1979, 293
Jaenke, Günter	Verwaltungsvorschriften im Steuerrecht, Diss., Düsseldorf 1959
Jakob, Wolfgang	Eingriff kommunaler Satzungen in "Freiheit und Eigentum", DöV 1970, 666
Jellinek, Georg	Gesetz und Verordnung, Freiburg i.B. 1887
Jesch, Dieter	Gesetz und Verwaltung, Tübingen 1964
Kampe, Georg	Verwaltungsvorschriften und Steuerprozeß, Diss., Göttingen 1965
Kirchhof, Paul	Das Hervorbringen von Normen und sonstigem Recht durch die Finanz- behörden, StuW 1975, 357
Kisker, Günter	Neue Aspekte im Streit um den Vorbehalt des Gesetzes, NJW 1977, 1313
Klein, Franz	Gleichheitssatz und Steuerrecht, Köln-Marienburg 1966

- | | |
|-----------------------|---|
| Klein, Hans | Rechtsqualität und Rechtswirkung von Verwaltungsnormen in Festschrift für Forsthoff Ernst, München 1967 |
| Kloepfer, Michael | Gesetzgebung im Rechtsstaat, VVDStRL 40 (1982), 63 |
| Knobbe-Keuk, Brigitte | Der neue § 15a EStG - ein Beispiel für den Gesetzgebungsstil unserer Zeit, StuW 1981, 97 |
| Kopp, Ferdinand | Verwaltungsgerichtsordnung, München 1984 6 |
| ders. | Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrenrecht, München 1971 |
| ders. | Verwaltungsverfahrenrecht, München 1983 3 |
| ders. | Der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit im Verwaltungsverfahren, BayVBl 1969, 272 |
| ders. | Grenzen der Gesetzgebung und der Rechtskontrolle im Bereich der öffentlichen Verwaltung, BayVBl 1983, 673 |
| Köttgen, Arnold | Die Organisationsgewalt, VVDStRL 16 (1958), 154 |

- | | |
|---|--|
| Krebs, Walter | Zur Rechtssetzung der Exekutive
durch Verwaltungsvorschriften,
VerwA 70 (1979), 259 |
| ders. | Vorbehalt des Gesetzes und
Grundrechte, Berlin 1975 |
| ders. | Zum aktuellen Stand der Lehre
zum Vorbehalt des Gesetzes,
Jura 1979, 304 |
| ders. | Grundrechtlicher Gesetzesvor-
behalt und Pressesubventionierung,
DVBl 1977, 632 |
| Kunst, Hermann
Grundmann, Siegfried
(Hrsg.) | Evangelisches Staatslexikon,
Stuttgart, Berlin 1966 |
| Laband, Paul | Das Staatsrecht des Deutschen
Reiches, Bd. II, Tübingen 1911 ⁵
Nachdruck Aalen 1964 |
| Lange, Klaus | Eindämmung der "Vorschriftenflut"
im Verwaltungsrecht ?
DVBl 1979, 533 |
| Lanz, Horst | Selbstbindung der Verwaltung
bei Ermessensausübung,
NJW 1960, 1797 |

Leibholz, Gerhard Rinck, Hans-Justus Hesselberger, Dieter	Grundgesetz, Köln 1979 ⁶
Leisner, Walter	Verwaltungsvorschriften als "Nebengesetze" im Steuerrecht ? Köln 1982
ders.	Die quantitative Gewalten- teilung, DöV 1969, 405
ders.	Die schutzwürdigen Rechte im besonderen Gewaltverhältnis, DVBl 60, 617
Lerche, Peter	Bayerisches Schulrecht und Gesetzesvorbehalt, München 1981
List, Heinrich	Die Rechtsquellen des modernen Steuerrechts, Steuerkongreß- report 1975, 139
Löhning, Bernd	Der Vorbehalt des Gesetzes im Schulverhältnis, Diss., Berlin 1974
Lorenz, Dieter	Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, München 1973
Mallmann, Walter	Schranken nichtthoheitlicher Ver- waltung, VVDStRL 19 (1961), 165
Mangoldt von, Hermann Klein, Friedrich	Das Bonner Grundgesetz Berlin, Frankfurt a.M. 1964 ²

- | | |
|---|--|
| Martens, Joachim | Verwaltungsvorschriften zur Beschränkung der Sachverhaltsermittlung, Köln 1980 |
| Maunz, Theodor
Dürig, Günther
Herzog, Roman | Grundgesetz, Kommentar, München, Loseblatt, Stand September 1983 |
| Maunz, Theodor
Zippelius, Reinhold | Deutsches Staatsrecht, München 1983 ²⁵ |
| Maurer, Hartmut | Allgemeines Verwaltungsrecht, München 1982 ² |
| Mayer, Franz | Allgemeines Verwaltungsrecht, Stuttgart, München, Hannover 1972 ³ und 1977 ⁴ |
| Mayer, Otto | Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I., München, Leipzig 1924 ³ |
| Menger, Christian-Friedrich | Verwaltungsrichtlinien - autonome Rechtssetzung durch die Exekutive ? in: Demokratie und Verwaltung, Berlin 1972 |
| ders. | Zur Selbstbindung der Verwaltung durch norminterpretierende Richtlinien, VerwA 63 (1972), 213 |
| ders. | Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwA 51 (1960), 64 |

- | | |
|------------------------|---|
| Mertens, Hans-Joachim | Die Selbstbindung der Verwaltung
auf Grund des Gleichheitssatzes,
Hamburg 1963 |
| Meyer-Cording, Ulrich | Die Rechtsnormen, Tübingen 1971 |
| Model, Otto | Grundgesetz für die Bundesrepublik
Deutschland, München 1981 ⁹ |
| Müller, Klaus | |
| Obermayer, Klaus | Verwaltungsakt und innerdienstlicher
Rechtsakt, Stuttgart, München, 1956 |
| ders. | Das Bundesverfassungsgericht und
der Vorbehalt des Gesetzes,
DVBl 1959, 354 |
| ders. | Der Plan als verwaltungsrechtliches
Institut, VVDStRL 18 (1960), 144 |
| ders. | Das Verwaltungsermessen der Ver-
waltungsbehörden, NJW 1963, 1177 |
| ders. | Die Übertragung von Hoheitsbefug-
nissen im Bereich der Verwaltungs-
behörden JZ 1965, 625 |
| ders. | Grundzüge des Verwaltungsrechts und
des Verwaltungsprozeßrechts,
Stuttgart, München, Hannover 1975 ² |
| ders. | Kommentar zum Verwaltungsverfahren-
gesetz, Darmstadt, Neuwied, 1983 |
| Olshausen von, Henning | Beurteilungsspielraum der Verwaltung
und Rationalität der Rechtsan-
wendung, JuS 1973, 217 |

- Ossenbühl, Fritz Die Verwaltungsvorschriften in der
verwaltungsgerichtlichen Praxis,
AöR 92 (1967), 1
- ders. Die Bindung der Verwaltung an die
höchststrichterliche Rechtsprechung,
AöR 92 (1967), 478
- ders. Verwaltungsvorschriften und Grund-
gesetz, Bad Homburg, Berlin,
Zürich 1968
- ders. Tendenzen und Gefahren der neueren
Ermessenslehre, DöV 1968, 618
- ders. Ermessen, Verwaltungspolitik und
unbestimmter Rechtsbegriff,
DöV 1970, 84
- ders. Administrative Selbstbindung durch
gesetzwidrige Verwaltungsübung,
DöV 1970, 264
- ders. Aktuelle Probleme der Gewalten-
teilung, DöV 1980, 545
- ders. Kernenergie im Spiegel der Ver-
fassung, DöV 1981, 2087
- ders. Grundrechtsschutz im und durch
Verfahrensrecht in: Georg Müller,
René A. Rhinow (Hrsg.), Staats-
organisation und Staatsfunktion im
Wandel, Festschrift für Kurt Eichen-
berger, Basel, Frankfurt/M. 1982

- ders. Die Bewertung technischer Risiken
bei der Rechtssetzung, DöV 1982, 833
- ders. Verwaltungsverfahren zwischen
Effizienz und Rechtsschutzauftrag,
NVwZ 1982, 465
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch 1984 ⁴³
- Papier, Hans-Jürgen Die finanzrechtlichen Gesetzes-
vorbehalte und das grundgesetz-
liche Demokratieprinzip,
Berlin 1973
- Paulick, Heinz Grundgesetz und Besteuerung,
StbJb 1957/58, 85
- ders. Zur Frage der Bindung der Finanz-
gerichte an Verwaltungsweisungen,
DStR 1962/63, 445 (448)
- Pestalozza, Christian Gesetzgebung im Rechtsstaat,
NJW 1981, 2081
- Pieske, Eckart Der Weg des deutschen Schulrechts
nach dem 51. Deutschen Juristentag
in Stuttgart im September 1976,
DVBl 1977, 673
- Pietzcker, Jost Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes,
JuS 1979, 710

- | | |
|---|---|
| ders | Selbstbindung der Verwaltung,
NJW 1981, 2087 |
| Quaritsch, Helmut | Das parlamentslose Parlaments-
gesetz, Hamburg 1961 ² |
| Raschauer, Bernhard | Selbstbindung der Verwaltung
VVDStRL 40 (1982), 240 |
| Redecker, Konrad | Fragen der Kontrolldichte ver-
waltungsgerichtlicher Recht-
sprechung, DöV 1971, 757 |
| Redecker, Konrad
von Oertzen, Hans-Joachim | Verwaltungsgerichtsordnung,
Stuttgart, Berlin 1981 ⁷ |
| Reuß, Hermann | Die Verwaltung im Rechtsstaat,
DöV 1967, 217 |
| Rhinow, René A. | Rechtssetzung und Methodik,
Basel, Stuttgart 1979 |
| Rittstieg, Andreas | Das "antizipierte Sachverstän-
digengutachten" - eine falsa
demonstratio ? NJW 1983, 1098 |
| Rupp, Hans Heinrich | Grundfragen der heutigen Ver-
waltungsrechtslehre, Tübingen 1965 |
| ders. | Ermessensspielraum und Rechtsstaat-
lichkeit, NJW 1969, 1273 |
| ders. | Ministerialerlasse - Ausdruck
originärer Rechtssetzung der
Exekutive, NJW 1970, 412 |

- | | |
|-------------------------|--|
| ders. | Die "Verwaltungsvorschriften"
im grundgesetzlichen Normensystem,
JuS 1975, 609 |
| Schaumann, Wilfried | Gleichheit und Gesetzmäßigkeits-
prinzip, JZ 1966, 721 |
| Scheffler, Hans-Hermann | Wachsende Bedeutung der Verwal-
tungsvorschriften, DöV 1980, 236 |
| Schenke, Wolf Rüdiger | Gesetzgebung durch Verwaltungs-
vorschriften ? DöV 1977, 27 |
| ders. | Der Rechtsschutz des Bürgers
gegen Verwaltungsvorschriften,
DöV 1979, 622 |
| Scheuner, Ulrich | Das Gesetz als Auftrag der Ver-
waltung, DöV 1969, 585 |
| Scheuning, Dieter | Selbstbindung der Verwaltung,
VVDStRL 40 (1982), 153 |
| Schiffbauer, Siegfried | Die Typisierungstheorie im Steuer-
recht, StbJb 1953/54, 177 |
| Schmidt, Walther | Gesetzesvollzug durch Rechtssetzung,
Bad Homburg 1969 |
| ders. | Die Gleichheitsbindung an Verwal-
tungsvorschriften, JuS 1971, 185 |

Schmidt-Aßmann, Eberhard	Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 34 (1976), 221
ders.	Rechtsstaatliche Anforderungen an Regionalpläne, DöV 1981, 237
Schmidt-Bleibtreu, Bruno Klein, Franz	Kommentar zum Grundgesetz, Neuwied, Berlin 1983 ⁶
Schnapp, Friedrich	Amtsrecht und Beamtenrecht, Berlin 1977
Schneider, Hans-Peter	Die Gesetzmäßigkeit der Rechtsprechung, DöV 1975, 443
Scholler, Heinrich	Selbstbindung und Selbstbefreiung der Verwaltung, DVBl 1968, 409
Schwan, Eggert	Zuständigkeitsregelung und Vorbehalt des Gesetzes, Diss., Berlin 1971
Selmer, Peter	Rechtsverordnung und Verwaltungsvorschrift, VerwA 59 (1968), 114
ders.	Der Vorbehalt des Gesetzes, JuS 1968, 489
Sommer, Eckart	Zum Dosiswertkonzept des § 45 Strahlenschutzverordnung, DöV 1983, 754

- | | |
|---|---|
| Spanner, Hans | Organisationsgewalt und Organisationsrecht, DöV 1957, 640 |
| Starck, Christian | Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, Baden-Baden 1970 |
| ders. | Die Grundrechte des Grundgesetzes, JuS 81, 237 |
| Steinberg, Rudolf | Komplexe Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, DöV 1982, 619 |
| Stelkens, Paul
Bonk, Heinz Joachim
Leonhardt, Klaus | Verwaltungsverfahrensgesetz, München 1983 ² |
| Stern, Klaus | Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I., München 1977
Bd.II., München 1980 |
| Strassl, Arthur | Die Auswirkung der Neuorganisation der Finanzämter auf die Steuerpflichtigen und ihre Berater, DStR 1977, 147 |
| Tipke, Klaus | Steuerrecht, Köln 1983 ⁹ |
| ders. | Rechtsetzung durch Steuergerichte und Steuerverwaltungsbehörden, StuW 1981, 189 |

- Tipke, Klaus (Hrsg.)
Martens, Joachim
Trzaskalik, Christoph
Möllinger, Otto
Pelka, Jürgen
- Grenzen der Rechtsfortbildung
durch Rechtsprechung und Ver-
waltungsvorschriften im Steuer-
recht, Köln 1982
- Thieme, Werner
- Verwaltungslehre, Köln, Berlin
Bonn, München 1977 ³
- ders.
- Zum Gesetzesvorbehalt in der
Leistungsverwaltung, JZ 1973, 692
- ders.
- Der Gesetzesvorbehalt im be-
sonderen Gewaltverhältnis,
JZ 1964, 81
- Thoma, Richard
- Der Vorbehalt des Gesetzes im
preußischen Verfassungsrecht,
in: Festgabe für Otto Mayer,
Tübingen 1916
- Thomas, Heinz
Putzo, Hans
- Zivilprozeßordnung,
München 1982 ¹²
- Ule, Carl Hermann
- Die Bindung der Verwaltungsgerichte
an die Immissionswerte der TA Luft,
BB 1976, 446
- ders.
- Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat,
Köln, Berlin 1964
- ders.
- Verwaltungsverfahren und Verwaltungs-
prozeß, VerwA 62 (1971), 114
- ders.
- Verwaltungsprozeßrecht, München 1983 ⁸

- Ule, Carl Hermann
Laubinger, Hans-Werner
Verwaltungsverfahrensrecht, Köln,
Berlin, Bonn, München 1979 ²
- Vieweg, Klaus
Antizipierte Sachverständigengut-
achten - Funktion, Verwertungsformen,
rechtliche Bedeutung, NJW 1982, 2473
- Vogel, Klaus
Gesetzgeber und Verwaltung,
VVDStRL 24 (1966), 125
- ders.
Perfektionismus im Steuerrecht,
StuW 1980, 206
- Wallerath, Maximilian
Die Selbstbindung der Verwaltung,
Diss., Berlin 1968
- Wennrich, Eberhard
Die typisierende Betrachtungsweise
im Steuerrecht, Düsseldorf 1963
- Weyreuther, Felix
Über die Rechtsnatur und die Rechts-
wirkung von Verwaltungsvorschriften,
DVBl 1976, 853
- Wolff, Hans Julius
Bachof, Otto
Verwaltungsrecht, Bd. I, München 1974⁹
Bd. II, München 1978⁴
- Zimmer, Gerhard
Funktionen - Kompetenz - Legitimation,
Gewaltenteilung in der Ordnung des
Grundgesetzes, Berlin 1979
- Zippelius, Reinhold
Das Wesen des Rechts, München 1973 ³
- Zoller, Wolfgang
Über die Bedeutung des Art. 80 GG
Gewaltenteilung und Normsetzung
durch die Verwaltung, Frankfurt/M.
1971

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
allg.	allgemein
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv für öffentliches Recht
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
ber.	berichtigt
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BImSchG	Gesetz zum Schutze vor schädlichen Umwelt- einwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundes-Immissionsschutzgesetz)
BMF	Bundesminister der Finanzen
BSG	Bundessozialgericht
BStBl	Bundessteuerblatt

BV	Bayerische Verfassung
BVerfG (E)	Bundesverfassungsgericht (Entscheidungssammlung)
BVerwG (E)	Bundesverwaltungsgericht (Entscheidungssammlung)
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
DöV	Die öffentliche Verwaltung
DStR	Deutsches Steuerrecht
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
ebd.	ebenda
EStG	Einkommensteuergesetz
EStR	Einkommensteuerrichtlinien
EuGRZ	Europäische Grundrechtszeitschrift
EvStL	Evangelisches Staatslexikon
f.	für
f. ff	folgende
FGO	Finanzgerichtsordnung
FR	Finanzrundschau
FS	Festschrift
Fußn.	Fußnote
geä.	geändert
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GMB1	Gemeinsames Ministerialamtsblatt
GNOFÄ	Grundsätze zur Neuordnung der Finanzämter und zur Neuordnung des Besteuerungsverfahrens

HDStR	Handbuch des deutschen Staatsrechts
h.M.	herrschende Meinung
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.d.	im Sinne des
i.V.m.	in Verbindung mit
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
LAG	Gesetz über den Lastenausgleich
M.-D.-H.	Maunz-Dürig-Herzog
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
Rdnr	Randnummer
S	Seite
SGG	Sozialgerichtsgesetz
StbJb	Steuerberaterjahrbuch
StuW	Steuer und Wirtschaft
v.	vom
vgl.	vergleiche
VerwR	Verwaltungsrecht
VerwA	Verwaltungsarchiv
VV	Verwaltungsvorschrift
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WRV	Weimarer Reichsverfassung
z.B.	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozeßordnung

I. Grundlegung und Problemstellung

1. Definition der Verwaltungsvorschriften

Über die Grundsätze bei der Behandlung der Verwaltungsvorschriften (VV) besteht heute in der Lehre und Rechtsprechung weitgehend Einigkeit. Um das zentrale Problem der VVen schärfer herausstellen zu können, sollen als Ausgangsbasis diese Grundsätze dargestellt werden, soweit sich dazu eine "herrschende Meinung" gebildet hat. So ist man sich im wesentlichen in der Definition der VVen einig, die in den Mittelpunkt der einleitenden Überlegungen gestellt werden soll:

VVen sind Rechtsätze, die von leitenden Organen erlassen werden, die sich unmittelbar lediglich an ihre weisungsabhängigen Glieder, Organe und Ämter als Institutionen richten und die die Wahrnehmung ihrer amtlichen durch Rechtssatz bestimmten Zuständigkeiten kraft Weisungsgewalt des näheren regeln.¹

Meist werden VVen als Regelungen angesprochen² oder schlicht als Vorschriften.³ Mit dieser etwas unscharfen Formulierung, mit der nur der abstrakt-generelle Charakter der VVen zum Ausdruck gebracht werden soll, wird der Streit um den Rechts-satzcharakter⁴ in der Definition noch umgangen.⁵

1) Wolff, Verwaltungsrecht I, § 24 II d2.

2) Ossenbühl in Erichsen/Martens, Allg. VwR § 7 IV 1; Forsthoff, VwR § 7, 3; Obermayer in EvStL Stichwort "Verwaltungsvorschrift" Sp. 2421; Böckenförde/Grawert AöR 95 (1970), 1 (20).

3) Maunz in M.-D.-H., GG, Rdnr. 17 und 32 zu Art. 84 GG; Schmidt-Bleibtreu/Klein Rdnr. 11 zu Art. 84 GG.

4) Dazu siehe sogleich unten.

5) Anders Wolff in der oben zitierten Definition.

Unstreitig ist, daß VVen definitionsgemäß von Stellen der Verwaltung erlassen werden. Es besteht im Rahmen der Definition auch noch weitgehend Einigkeit darüber, daß VVen innerhalb der Verwaltungsorganisation mit nur innerdienstlicher Wirkung ergehen.⁶ Erste Einschränkungen diesbezüglich macht Wolff in seiner oben zitierten Definition, wenn er davon spricht, daß sich die VVen unmittelbar lediglich an die nachgeordneten Dienststellen richten.⁷ Dies läßt schon erkennen, daß eine weitergehende mittelbare Wirkung nicht ausgeschlossen wird. Inhaltlich werden VVen weitgehend dahingehend definiert, daß sie nähere Bestimmungen über die Einrichtung des Staates und die Tätigkeit seiner Organe enthalten.⁸ Zum Teil wird in die Definition auch der Wirkgrund der VVen aufgenommen: das Weisungsrecht, dem die Dienstpflicht zum amtlichen Gehorsam gegenübersteht.⁹

Auch die Rechtsprechung läßt sich im wesentlichen von diesem Verständnis der VVen leiten. Freilich ist sie weniger an einem einheitlichen rechtstheoretischen Konzept interessiert als vielmehr an einer am Einzelfall ausgerichteten pragmatischen Entscheidung.¹⁰ Obige Grundgedanken kommen aber auch in der Rechtsprechung zum Ausdruck, die davon ausgeht, daß VVen Regelungen sind, die sich nur an die nachgeordneten Verwaltungsbehörden richten, also innerdienstliche Maßnahmen darstellen, die den

-
- 6) Ossenbühl in Erichsen/Martens, Allg. VwR § 7 IV 1; Forsthoff, VwR § 7, 3; M.-D.-H., GG Rdnr. 17 zu Art. 84; Böckenförde/Grawert, AöR 95 (1970), 1 (20).
 - 7) Wolff, Verwaltungsrecht I, § 24 II d2.
 - 8) Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Rdnr. 11 zu Art. 84; Maunz in M.-D.-H., GG, Rdnr. 32 zu Art. 84; ähnlich in der Formulierung auch Ossenbühl in Erichsen/Martens, Allg. VwR, § 7 IV, 1; Wolff, Verwaltungsrecht I, § 24 II d2; Böckenförde/Grawert, AöR 95 (1970), 1 (20).
 - 9) Wolff, Verwaltungsrecht I, § 24 II d2, ihm folgend v. Mangoldt/Klein, GG, Anm. IV 1c) zu Art. 84; Böckenförde/Grawert, AöR 95 (1970), 1 (20).
 - 10) Jaehnik, StuW 1979, 293 (295).

Einzelnen nicht unmittelbar betreffen.¹¹ Auch in der Rechtsprechung wird der Geltungsgrund in dienstlichen Anordnungen aufgrund des Weisungsrechts gesehen.¹²

2. Die Rechtssatzqualität der VVen

Die Rechtsprechung betont immer wieder, daß VVen keine Rechtsnormen seien.¹³ Die oben gegebene Definition der VVen spricht hingegen von Rechtssätzen; die VVen werden zum Teil zweifellos als Rechtsnormen gesehen.¹⁴ Dieser Widerspruch ist jedoch als Scheinproblem entlarvt worden.¹⁵

Die Auffassung, es handle sich bei VVen nicht um Rechtsnormen, sondern um Nichtrecht, ist darin begründet, daß sie den historisch konventionellen Rechtssatzbegriff des 19. Jahrhunderts zugrunde legt. Nach ihm ist unter einem Rechtssatz nur eine Anordnung zu verstehen, die in Freiheit und Eigentum eingreift.¹⁶ Nur insoweit mußte die dem Landesherrn zukommende Staatsgewalt kontrolliert und die Individualsphäre gesichert werden. Nur insoweit war

11) Z.B. BVerfG v. 23.11.51, E 1, 82 (83); v. 24.04.53, E 2, 237 (242); v. 29.09.78, BStBl 1978 II, 616; BFH v. 27.10.78, E 126, 217 (219).

12) Z.B. BayVerfGH v. 21.04.82, BayVBl 1982, 495

13) BVerwG v. 25.06.64, E 19, 48 (56); v. 26.04.79, NJW 79, 2059; BFH v. 27.10.78, E 126, 217 (219); so auch Stimmen in der Literatur, z.B. Mayer, Allg. VwR, 3. Aufl. 1972, S. 15, etwas abgemildert in der 4. Aufl. 1977, S. 21

14) So Meyer-Cording, Rechtsnormen, S. 119; vgl. auch die Zusammenstellung bei Jaehnike, StuW 79, 293 (295 Fußn. 22); und Achterberg, Funktionenlehre S. 81, ff.

15) Ossenbühl in Erichsen/Martens, Allg. VwR, § 7 IV 3 m.w.N.; Jaehnike, StuW 79, 293 (294); vgl. auch den Hinweis bei v. Mangoldt/Klein, S. 2152.

16) Anschütz, Rechtssatz, S. 68, 97, 163.

ein vom Parlament als Repräsentativorgan der bürgerlichen Gesellschaft erlassenes Gesetz notwendig. Nur das Gesetz galt als Rechtssatz; die VVen, die unmittelbar nur die nachgeordneten Dienststellen binden, wurden entsprechend vom Rechtssatzbegriff nicht erfaßt.

Zu demselben Ergebnis kommt man auch mit der von Laband und Jellinek entwickelten Impermeabilitätstheorie, nach der der Staat als in sich geschlossenes Individuum betrachtet wurde, das sich selbst keine Verhaltensmaßregeln geben kann. Rechtsnormen wurden nur als Maßregeln zur Abgrenzung der miteinander kollidierenden Sphären zwischen selbständigen Rechtssubjekten verstanden, VVen dagegen als Verwaltungsinterna.¹⁷

VVen sind dagegen unter rechtstheoretischem Aspekt zweifellos Rechtsnormen.¹⁸ Es handelt sich um verallgemeinerte, abstrakt gefaßte Anweisungen, die soziales Verhalten rechtsverbindlich regeln wollen.¹⁹ Damit haben aber alle VVen strukturell Normcharakter, da sie in abstrakt-genereller Weise das Verhalten weisungsabhängiger Amtsinhaber mit unmittelbar verpflichtender Kraft regeln.²⁰ Auch unter rechtstheoretischem Aspekt werden jedoch Zweifel laut über den Rechtssatzcharakter der VVen, wenn man unter Rechtsätzen nur zweiseitig verbindliche Regelungen versteht, die bis zu ihrer Aufhebung unverbrüchlich gelten. Die VVen können demgegenüber unter bestimmten Umständen durch eine Einzelanweisung durchbrochen werden.²¹

17) Laband, Staatsrecht II, S. 86 ff., 181; Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 240; vgl. zu diesem historischen Ausgangspunkt der VVen Rupp, JuS 1975, S. 609 ff.; E.R. Huber, Verfassungsgeschichte III, S. 305.

18) Ossenbühl in Erichsen/Martens, Allg. VwR, § 7 IV 3 m.w.N.; Althoefer, DStR 1981, S. 183.

19) Meyer-Cording, Rechtsnormen, S. 119; Martens in Tipke, Grenzen der Rechtsfortbildung, S. 167; Starck, Gesetzesbegriff, S. 306; Zoller, Bedeutung des Art. 80 GG, S. 38.

20) Martens in Tipke, Grenzen der Rechtsfortbildung, S. 167.

21) Hansen, Fachliche Weisung, S. 186.

Der Streit um den Rechtssatzcharakter der VVen²² ist also schlicht in der unterschiedlichen Definition des Rechtssatzbegriffs begründet. Insoweit "verflacht das Qualifikationsproblem der VVen letztlich zu einer Frage des terminologischen Geschmacks, die nur noch didaktisch-psychologisch bedeutsam ist."²³

Damit kann aber eine gewisse Homogenität der herrschenden Meinung im Grundsätzlichen konstatiert werden. Als gemeinsamer Ausgangspunkt kann die eingangs erwähnte Definition angesehen werden.

3. Die derzeitige Problematik der VVen

Zur Problematik der VVen stößt man erst vor, wenn man nach den Modalitäten der Rechtserzeugung, dem Geltungsbereich und der damit zusammenhängenden Bindungswirkung und dem Rechtsschutz gegen VVen fragt.²⁴

Die obige Definition der VVen läßt diese Probleme weitgehend ungelöst. Die Feststellung, daß VVen von Organen der Verwaltung erlassen werden, sagt noch nichts aus über die Pflicht zur Veröffentlichung. Die Möglichkeit des Rechtsschutzes ist völlig offengelassen. Die entscheidende Frage richtet sich aber nach der Reichweite

22) Zusammenstellung der Meinungen bei Ossenbühl, VVen und GG, S. 135 ff.; bei Hoepffner, Gesetzesverdrängung, S. 154 ff.; bei Achterberg, Funktionenlehre, S. 81 ff.; und bei Jaehnik, StuW 1979, S. 294 ff.

23) Ossenbühl, AöR 92 (1967), 1 (25).

24) Ossenbühl in Erichsen/Martens, Allg. VwR, § 7 IV 4.

der Verbindlichkeit der VVen,²⁵ denn es ist abzusehen, daß die beiden anderen bedeutenden Fragen der Veröffentlichung und des Rechtsschutzes davon abhängen. Je umfassender die Wirkung der VVen ist, desto umfassender wird auch die Pflicht zur Veröffentlichung und der Rechtsschutz sein müssen.

Gerade die Frage der Verbindlichkeit wird aber kontrovers beurteilt und ihre Lösung ist mit der obigen Definition nicht festgelegt. Auch mit der Einstufung der VVen als Rechtssätze im rechtstheoretischen Sinn ist über deren Rechtsgeltung gegenüber Außenstehenden noch nichts ausgesagt,²⁶ insbesondere sind sie deshalb nicht mit Gesetzen gleichzusetzen.²⁷ Die Frage der Rechtssatzqualität der VVen und ihrer möglichen Allgemeinverbindlichkeit sind streng zu scheiden.²⁸ Wie oben dargelegt, gibt die Definition des Rechtssatzes im rechtstheoretischen Sinn für die Allgemeinverbindlichkeit gerade nichts her.

Nicht viel mehr ist durch die Qualifizierung als Nicht-recht festgelegt. Werden damit die VVen aus dem historisch-konventionellen Rechtssatzbegriff ausgegrenzt, so besagt dies nur, daß durch VVen nicht in Freiheit und Eigentum eingegriffen werden darf, daß sie insoweit nur im Innenbereich der Verwaltung ergehen dürfen. Für Verwaltungsbereiche außerhalb der Eingriffsverwaltung gilt dies nicht; eine mittelbare Wirkung im Außenbereich wird auch nicht ausgeschlossen. Doch die Frage nach der Reichweite der VVen

25) Martens in Tipke, Grenzen der Rechtsfortbildung, S. 178.

26) Brohm, DöV 1964, 238 (249); Böckenförde/Grawert, AöR 95 (1970), 1 (28 ff.).

27) Meyer-Cording, Rechtsnormen, S. 119.

28) Jaehnik, StuW 1979, 293 (295).

bleibt bestehen. Die Frage ist dann gerade: wie weit wird durch VVen in Rechte des Bürgers eingegriffen, wo ist die Grenze zur Rechtsverletzung des Bürgers nach außen, gerade etwa im Verwaltungsverfahren?²⁹

Schwierigkeiten bereiten heute die Ausnahmen von dem herrschend anerkannten Grundsatz, daß sich VVen unmittelbar lediglich an die weisungsabhängigen Dienststellen wenden.³⁰

Solche Durchbrechungen dieses Grundsatzes werden zahlreich diskutiert. Am weitesten geht wohl List, der eine unmittelbare gesetzessgleiche Allgemeinverbindlichkeit annimmt, soweit die VVen amtlich publiziert sind und die Gesetze erst vollziehbar machen.³¹

Ähnlich weit gehen die Meinungen, die den VVen über den internen Bereich hinaus eine präsumptive Verbindlichkeit für einen der Verwaltungsentscheidung nachfolgenden Richterspruch zulegen wollen,³² oder ihnen Außenwirksamkeit zuschreiben, soweit sie die Gesetze im Rahmen der Rechtsanwendung im Detail konkretisieren.³³

Eine Außenwirkung wird anerkannt, soweit die Verwaltung in ihrem Funktionsbereich tätig wird. Insoweit wird ein von der Verwaltung gesetztes Ergänzungsrecht bezüglich Organisation und Verfahren für möglich angesehen.³⁴

29) Leisner, VVen als "Nebengesetze", S. 46.

30) Wolff, Verwaltungsrecht I, § 24 II d2.

31) List, Steuerkongreß-Report 1975, S. 139 ff., 162, 165; ähnlich Bühler, Steuerrecht I, S. 99 ff.

32) Martens in Tipke, Grenzen der Rechtsfortbildung, S. 184 ff.

33) Krebs, VerwA 70 (1979), S. 259 (271).

34) Ossenbühl, VVen und GG, S. 503, 509; Althoefer, DStR 1981, 183 (184).

Dabei wird zugleich aber eine Absage an die Egalisierung von Gesetz und VV erteilt: das Gesetz hat Vorrang, VVen können nur in der Regel gesetzesgleiche Auswirkungen haben, nicht durchgehend.³⁵

Außenwirkung kommt den VVen auch zu, soweit der Verwaltung unter gewissen engen Voraussetzungen eine Notkompetenz zu ihrer Setzung eingestanden wird, insbesondere um ein Ordnungsvakuum zu vermeiden, das dadurch entstehen kann, daß bestimmte Gesetze nicht mit den zur Verfügung stehenden sachlichen und personellen Mitteln ordnungsgemäß vollzogen werden können.³⁶

Auch die Rechtsprechung macht von dem Grundsatz, daß VVen nur an nachgeordneten Dienststellen gerichtet sind, aus den verschiedensten Gründen Ausnahmen. Diese führen nicht immer zu einer vollen Außenwirkung, haben jedoch stets zur Folge, daß die VVen in der einen oder anderen Weise auch von den Gerichten zu beachten oder sogar anzuwenden sind. So wird allein das Haushaltsgesetz in Zusammenhang mit den von der Verwaltung gesetzten Richtlinien auch dem Bürger gegenüber als ausreichende Rechtsgrundlage für eine vorgesehene Subventionierung angesehen.³⁷ VVen, die Zuständigkeit und Verfahren der leistungsgewährenden Verwaltung regeln, wird damit erst recht Außenwirkung zugeschrieben, da sie besonders weit von dem Bereich der Eingriffe in Freiheit und Eigentum entfernt liegen.³⁸

35) Ossenbühl, VVen und GG, S. 504 ff.

36) Isensee, Die typisierende Verwaltung, S. 129, 179

37) BVerwG v. 26.04.79, E 58, 45 (48) = NJW 1979, S. 2059 m.w.N.

38) BVerfG v. 06.05.58, E 8, 155 (167)

Nach neuerer Rechtsprechung wird den VVen eine unmittelbare Wirkung auch gegenüber dem Bürger insoweit zugeschrieben, als sie nicht Grundsätzliches und Wesentliches regeln, sondern nur die nähere Ausgestaltung, etwa von Fristen und Formen und die Bezeichnung zuständiger Behörden für ein bereits grundsätzlich vom Gesetz zugelassenes verwaltungsrechtliches Vorverfahren.³⁹

Der BFH betont immer wieder, daß Verwaltungsanweisungen nur die nachgeordneten Verwaltungsbehörden binden, fährt dann aber fort:

"Haben derartige Verwaltungsanweisungen ... aber auf Erfahrung der Verwaltung beruhende Schätzungen zum Inhalt, sind sie nach ständiger Rechtsprechung des BFH aus Gründen der Gleichbehandlung auch von den Steuergerichten zu beachten, solange sie im Einzelfall offensichtlich nicht zu falschen Ergebnissen führen."⁴⁰

Auch über die Konstruktion der VVen als antizipierte Sachverständigengutachten beeinflussen sie die Rechtsstellung des Bürgers im Prozeß.⁴¹

-
- 39) BVerfG v. 14.03.72, E 33, 1 = NJW 1972, 811;
 v. 18.07.72, E 33, 303 (346) = NJW 1972, 1561;
 v. 06.12.72, E 34, 165 (192) = NJW 1973, 133;
 v. 28.10.75, E 40, 237 (249) = NJW 1976, 34;
 v. 27.01.76, E 41, 251 (253) = NJW 1976, 1309;
 v. 22.06.77, E 45, 400 (416 ff.) = NJW 1977, 1723;
 v. 21.12.77, E 47, 46 (78) = NJW 1978, 807;
 v. 19.04.78, E 48, 210 (221) = NJW 1978, 2143;
 v. 08.08.78, E 49, 89 (126) = NJW 1979, 359;
 v. 08.01.81, E 56, 1 (12 ff.) = NJW 1981, 1311;
 v. 20.10.81, E 58, 257 (268) = NJW 1982, 921 (922);
 zur sog. Wesentlichkeitstheorie.
- 40) BFH v. 27.10.78, E 126, 217 (219) m.w.N. = BStBl 1979 II, 54 (55)
- 41) BVerwG v. 17.02.78, E 55, 250 (256) = DöV 78, S. 559 (560); vgl. dazu Breuer, DVBl 1978, 28 (34 ff.).

Die Rechtsprechung gesteht den VVen als Übergangsregelung Wirkungen gegenüber dem Bürger zu, um unabdingbar notwendige Maßnahmen und Vorkehrungen durchführen zu können.⁴²

Schließlich wird eine mittelbare anspruchsbegründende Außenwirkung im Wege der sog. Selbstbindung der Verwaltung anerkannt; dies gilt jedoch nur in Bereichen in denen die Verwaltung Entscheidungsfreiheit für den Einzelfall hat, besonders im Bereich des Ermessens. "Dabei beruht die Selbstbindung der Verwaltung nicht auf einer normativen Allgemeinverbindlichkeit der VVen, die ihnen im Gegensatz zu Gesetz und Rechtsverordnung als Quellen des objektiven Rechts nicht zukommt, sondern auf dem Gleichheitssatz des Art. 3 GG."⁴³ Dem Bürger wird ein Anspruch zuerkannt, daß die Verwaltung nicht ohne sachlichen Grund von der in den VVen niedergelegten üblichen Ermessenshandhabungen abweicht.⁴⁴ Diese Selbstbindungskonstruktion findet auch in der Literatur breite Zustimmung, wenngleich ihr Umfang und ihre Wirkungsweise im einzelnen umstritten sind.⁴⁵

Eine Beurteilung der Berechtigung dieser Ausnahmen von der rein internen Bindung der VVen erscheint nach Durchsicht dieser bunten Zusammenstellung,⁴⁶ bei der weniger

42) BVerfG v. 14.03.72, E 33, 1 (13) = NJW 72, 811 (812) v. 20.10.81, JZ 82, 755 (758); vgl. dazu auch Ossenbühl in Festgabe BVerwG, S. 440 m.w.N.

43) BVerwG v. 10.12.69, E 34, 278 (281).

44) BVerwG ebd.; BVerwG v. 25.06.64, E 19, 48 (55).

45) Bull. Allg. VwR., S. 151; Menger, in: Demokratie und Verwaltung, S. 300 ff.; Mertens, Selbstbindung; Meyer-Cording, Rechtsnormen, S. 117; Möllinger in Tipke, Grenzen der Rechtsfortbildung, S. 343; Ossenbühl, VVen und GG. S. 514 ff.; Stern, Staatsrecht II. S. 658; Wallerath, Selbstbindung; Wolff, Verwaltungsrecht I. § 24 II d2; Dicke, VerwA 59 (1968), S. 293 (298 ff.); Lanz, NJW 60, S. 1792 (1798); Menger, VerwA 51 (1060), S. 64 (71); Scholler, DVBl 1968, S. 409 jeweils m.w.N. a.A.: Rupp, Grundfragen, S. 120; ders. JuS 1975, 609 (615); Friauf, DVBl 1960, 729 (735 ff.).

46) Vgl. auch die ausführliche (ältere) Zusammenstellung bei Hansen, Fachliche Weisung, S. 139.

auf die historische Entwicklung als auf die Darstellung verschiedener Argumentationstopoi geachtet wurde, ohne eine klare Systematik unmöglich. Diese Systematik muß bei den jeweils zu untersuchenden VVen ansetzen, da diese auch in der Praxis Ausgangspunkt der Überlegungen sind.⁴⁷ Auch wurde oben bereits angedeutet, daß gewisse mögliche Außenwirkungen nur für bestimmte Gruppen von VVen gelten, wenn etwa der Bereich des Ermessens oder des Verfahrens angesprochen wurde bei der Vergabe staatlicher Leistungen. Bei der Vielfalt der VVen ist eine generelle Lösung nicht zu erwarten, so daß auch insofern eine systematische Aufgliederung sinnvoll erscheint.⁴⁸

4. Typologie der VVen

Mit einer systematischen Aufgliederung sollen nicht durch begriffliche Festlegungen undiskutiert verfassungsdogmatische Vorab-Entscheidungen getroffen werden, sondern es soll in möglichst kleinen Schritten die Eigenart der verschiedenen Regelungen untersucht werden.⁴⁹ Dabei erscheint es unbedenklich, zunächst an hergebrachte Differenzierungsschemata anzuknüpfen. Erst wenn man so die Eigenschaften der einzelnen Regelungen analysiert hat, kann man entscheiden, ob weitere Untergliederungen nötig sind, oder ob großzügig Regelungen in neuen Gruppen zusammengefaßt werden können.

47) A.A.: Rupp, JuS 75, S. 609, Fußn. 1.

48) Vgl. Martens, VVen zur Beschränkung der Sachverhaltsermittlung, S. 29.

49) Böckenförde/Grawert, AöR 95 (1970), 1 (19).

Vorab sind die heute unter dem Begriff Sonderverordnungen zusammengefaßten Regelungen auszuscheiden.⁵⁰ Damit sind jene Vorschriften der Verwaltung gemeint, die innerhalb traditionell sogenannter "besonderer Gewaltverhältnisse" (z.B. Wehrdienst, Schule, Universität, öffentlicher Dienst, Anstalten) ergehen und die Aufgabe haben, die innere Ordnung und das Funktionieren des "Besonderen Gewaltverhältnisses" zu regeln und zu gewährleisten.⁵¹ Diese Ausgrenzung ist damit zu begründen, daß sich die Sonderverordnungen eben nicht an die weisungsabhängigen Organe und Ämter als Institutionen richten,⁵² sondern an die Sonderstatusinhaber selbst, also von vorneherein nur an einen bestimmten abgrenzbaren Personenkreis.⁵³ Eine Typologie findet sich bei Ossenbühl in seiner grundlegenden Schrift zu den VVen.⁵⁴

Die VVen können unterteilt werden in Organisationsvorschriften und verhaltenslenkende Vorschriften. Zu ersteren sind vor allem die umstrittenen Zuständigkeitsvorschriften zu zählen,⁵⁵ aber auch die Geschäftsordnungen.⁵⁶

50) Ossenbühl in Erichsen/Martens, Allg. VwR, § 7 IV 1. Der Begriff wurde von Wolff, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. 1974, § 25 VIII geprägt.

51) Ossenbühl in Erichsen/Martens, Allg. VwR, § 7 V 1.

52) Im Sinne der eingangs erwähnten Definition der VVen

53) Böckenförde/Grawert, AöR 95 (1970), 1 (21).

54) Ossenbühl, VVen und GG, S. 250 - 450; sie wird im wesentlichen übernommen von Jaehnike, StuW 1979, 293 (297); List, Steuerrkongreß-Report 1975, S. 158 ff.; Hoepffner, Gesetzesverdrängung, S. 162 ff.; Kampe, Steuerprozeß, S. 25 ff.; Althoefer, DStR 1981, 183 (184).

55) Vgl. Schwan, Zuständigkeitsregelung, passim.

56) Vgl. dazu Böckenförde, Organisationsgewalt, passim.

Die verhaltenslenkenden VVen können wieder unterschieden werden nach VVen zur Norminterpretation, VVen zur Ermessenslenkung, Beurteilungsrichtlinien und VVen zur Sachverhaltsermittlung. Die VVen zur Norminterpretation dienen der Klarstellung rechtlicher Zweifelsfragen, die bei jedem Gesetz aufzutauchen pflegen, nehmen dem Heer von rechtsanwendenden Bediensteten zeitraubende Denkarbeit ab und tragen damit zur Rationalisierung bei.⁵⁷

Sieht man als Sinn und Zweck der VVen die Klarstellung des Gesetzes, die Gleichmäßigkeit der Gesetzesanwendung und die Vereinfachung der Verwaltung an,⁵⁸ so kommt den VVen zur Norminterpretation vorrangig klarstellende Funktion zu, den VVen zur Ermessenslenkung fällt primär der Zweck der Gleichmäßigkeit der Gesetzesanwendung zu,⁵⁹ während die VVen zur Sachverhaltsermittlung hauptsächlich den Sinn haben, die Verwaltung zu vereinfachen.⁶⁰

Die VVen zur Sachverhaltsermittlung werden gemeinhin wieder unterteilt in Allgemeine Verfahrensvorschriften, Vereinfachungsanweisungen und Bewertungsrichtlinien. Die beiden letzten Gruppen spielen gerade im Steuerrecht eine große Rolle, das ohnehin zu den Hauptanwendungsgebieten der VVen zählt, ohne dabei aber eine Sonderstellung bezüglich der rechtlichen Problematik einzunehmen.⁶¹

57) Ossenbühl in Erichsen/Martens, Allg. VwR, § 7 IV 2.

58) Jaenke, VVen im Steuerrecht, S. 37 mit vielen Nachweisen aus der Rechtsprechung.

59) Vgl. z.B. BVerwG v. 10.12.69, E 34, 278 (281).

60) Isensee, Die typisierende Verwaltung, S. 158, ders. StuW 1973, 199 (202) betont die Unvermeidlichkeit dieser Vereinfachung.

61) Leisner, VVen als "Nebengesetze", S. 22 ff.

So können die Vereinfachungsanweisungen im Steuerrecht weiter unterteilt werden in Pauschalierungen, Typisierungen, Schätzungsrichtlinien und Bagatellgrenzen.

Somit ergibt sich folgendes Schema:

Organisationsvorschriften

Verhaltenslenkende Vorschriften

- norminterpretierende VVen
- ermessenslenkende VVen
- Beurteilungsrichtlinien
- VVen zur Sachverhaltsermittlung
 - allgemeine Verfahrensvorschriften
 - Vereinfachungsanweisungen
 - Pauschalierungen
 - Typisierungen
 - Schätzungsrichtlinien
 - Bagatellgrenzen
 - Bewertungsrichtlinien

Diese inhaltliche Differenzierung soll hier interessieren. Man könnte nun weiter danach unterscheiden, ob es sich um gesetzesakzessorische oder gesetzesunabhängige VVen handelt.⁶² Diese Unterscheidung ist aber in der Praxis für eine in concreto vorliegende VV noch schwerer durchzuführen, da dies schon eine gewisse Wertung voraussetzen würde und VVen ohnehin selten in so reiner Form vorkommen, daß sie eindeutig einem Typus zugeordnet werden können. Überschneidungen zwischen den einzelnen Typen sind häufig. Daher wird bei den VVen zur Sachverhaltsermittlung auch noch von den norminterpretierenden und ermessenslenkenden VVen die Rede sein müssen.

62) Ossenbühl, VVen und GG, S. 282, 357.

Auch die weitere Unterscheidung nach intersubjektiven, interbehördlichen und intrabehördlichen VVen erscheint für die hier primär interessierende Frage nach der Bindungswirkung für Gerichte und Bürger rechtlich nicht relevant.⁶³

Zur Nomenklatur soll in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen werden, daß die Unterscheidung zwischen Verwaltungsanweisung, Richtlinie, Rundverfügung, Erlaß, Ausführungsvorschrift, allgemeine Dienstanweisung⁶⁴ ohne rechtliche Bedeutung ist.

5. Problemstellung und Lösungsweg der Arbeit

Hier sollen vor allem die VVen zur Sachverhaltsermittlung interessieren. Sie werden in der Rechtstheorie meist stiefmütterlich behandelt.⁶⁵ Gerade im Rahmen der VVen zur Sachverhaltsermittlung wird aber eine Außenwirkung - auch von der Rechtsprechung - besonders weit vorangetrieben, wie die Beispiele oben 3. zeigen. Demgemäß entstehen dort auch die meisten Unsicherheiten.

Von größtem Interesse ist hier wiederum das Problem der Außenwirkung gegenüber dem Bürger.⁶⁶

63) Zu dieser Unterscheidung vgl. Ossenbühl, VVen und GG, S. 362 ff.

64) Stern, Staatsrecht II, S. 654; Martens, VVen zur Beschränkung der Sachverhaltsermittlung, S. 27.

65) Martens, VVen zur Beschränkung der Sachverhaltsermittlung, S. 17.

66) Trotz der Bedenken gegen den Begriff der Außenwirkung, vgl. Stern, Staatsrecht II, S. 654, soll er als allgemein gebräuchlich hier eingeführt werden.

Wirklich relevant wird diese Außenwirkung erst dann, wenn es zum Streit darüber kommt, im Prozeß. Die Frage ist also zentral darauf gerichtet, ob VVen zur Sachverhaltsermittlung auch im Prozeß noch Wirkungen haben, ob der Richter sie zu beachten und anzuwenden hat und ob umgekehrt der Bürger sich im Prozeß auf VVen zur Sachverhaltsermittlung berufen kann.⁶⁷

Wenn man - wie die Rechtsprechung - der Auffassung ist, daß den VVen in bestimmten Fällen eine gewisse Außenbindungswirkung zukommt, in anderen Fällen jedoch nicht, ergibt sich daraus eine Abgrenzungsproblematik. Es entstehen Grauzonen, für die eine Bindungswirkung zweifelhaft wird.⁶⁸

Soweit man etwa eine Bindungswirkung für VVen annimmt, die nur Organisation und Verfahren betreffen,⁶⁹ nicht aber für VVen, die materielles Recht betreffen, entsteht eine Grauzone dort, wo ein Umschlagen des Verfahrensrechtes in materielles Recht möglich erscheint. Dies gilt z.B. für die immer wieder betonte Grundrechtsverwirklichung und Sicherung durch Organisation und Verfahren.⁷⁰ Durch Verfahrensregelungen laufen u.U. ganze Teile des materiellen Rechts leer.⁷¹

Auch die Bewertungsrichtlinien und Pauschalen fallen in diese Grauzone, da es hier weit weniger um die zutreffende Ermittlung des Sachverhalts geht, als vielmehr um die ma-

67) Starck, Gesetzesbegriff, S. 310.

68) Leisner, VVen als "Nebengesetze", S. 45 ff.

69) BVerfG v. 06.05.58, E 8, 155 (167), vgl. oben 3.

70) Bull., Allg. VwR, S. 427 (434 ff.); Ossenbühl, DöV 1981, S. 1 (5 ff.); Bethge, NJW 1982, S. 1; Hesse, EuRGZ 1978, S. 427 (434 ff.); Starck, JuS 1981, S. 237 (242); Goerlich, NVwZ 82, S. 607 (608); Pestalozza, NJW 1981, S. 2081 (2083); BVerfG v. 18.07.72, E 33, 303 (344); v. 14.11.79, E 52, 391 (407),

71) So Martens in Tipke, Grenzen der Rechtsfortbildung, S. 205 zum sog. Bankerlaß (BStBl 1979 I, 590).

terielle voraussetzungsmäßige Festlegung von Steuer-
schulden.⁷²

Soweit für Unwesentliches im Bereich des Verfahrens eine Außenwirkung angenommen wird, nicht aber für wesentliche Verfahrensregelungen,⁷³ entsteht eine gewisse Unwägbarkeit schon durch die Unschärfe des Begriffs "wesentlich".⁷⁴ Was ist so unwesentlich, daß man es der Verwaltung zur Normierung überlassen darf?⁷⁵

Solche Grauzonen und Unwägbarkeiten sind aber für den Rechtsstaat gefährlich. Wegen der immer wieder betonten "Erfahrung der Verwaltung"⁷⁶ wird der Richter leicht geneigt sein, die auf dieser Erfahrung aufbauenden VVen auch anzuwenden, ohne sie wirklich zu überprüfen. Im Zweifel wird der Richter eine Anwendung der VVen ihrer Unbeachtlichkeit vorziehen,⁷⁷ so daß die gesamte Grauzone allein aus pragmatischen Erwägungen der Regelungsbefugnis durch die Verwaltung zugeschlagen wird. Die Verwaltung wird in diesen Bereichen nicht mehr wahrhaft von der Rechtsprechung kontrolliert, sondern allenfalls noch in den Randzonen, etwa daraufhin, ob die VVen "im Einzelfall offensichtlich nicht zu falschen Ergebnissen führen."⁷⁸

72) Leisner, VVen als "Nebengesetze", S. 53.

73) BVerfG v. 28.10.75, E 40, 237 (249); vgl. oben 3., S. 9

74) Erichsen, VerwA 69 (1978), 387 (393); Kisker, NJW 1977, 1313 (1317).

75) Leisner, VVen als "Nebengesetze", S. 54.

76) BVerwG v. 17.02.78, E 55, 250 (256) = DöV 1978, 559 (561); BFH v. 27.10.78, E 126, 217 (219) m.w.N.; Martens in Tipke, Grenzen der Rechtsfortbildung, S. 202.

77) Vgl. die oben 3., S. 9, Fußn. 39 angegebenen Beispiele insbesondere zu den Schätzungen und antizipierten Sachverständigengutachten.

78) BFH v. 27.10.78, E 126, 217 (219) m.w.N.

Es gilt also, im Bereich dieser Grauzonen und Unwägbarkeiten dogmatisch durch eindeutige Abgrenzungskriterien klare Trennungslinien zu ziehen, durch Kriterien, die der Richter auf eine ihm vorliegende VV eindeutig anwenden kann und danach bestimmen kann, in welchem Umfang und mit welchem Maßstab er die Verwaltung zu kontrollieren hat.

Man könnte nun versuchen, die Abgrenzung zwischen den materiellen Eingriffen in Freiheit und Eigentum und den rein verfahrensrechtlichen Regelungen schärfer zu ziehen. Dabei erhebt sich aber die Schwierigkeit, daß die Abgrenzung zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht im Verwaltungsverfahrensrecht weitgehend unmöglich ist, da materielles und formelles Recht in vielfachem Gemenge liegen.⁷⁹

Die Verwaltung entscheidet immer in eigener Sache. Damit betreffen aber alle Regelungen das Verhalten der Verwaltung. Eine inhaltliche Unterscheidung wie im Prozeßrecht nach Verhaltens- oder Beurteilungsmaßstab ist für das Verwaltungsverfahren ausgeschlossen.⁸⁰ Auch formale Kriterien sind insoweit untauglich, da auch das materielle Recht Formvorschriften enthält und umgekehrt das Verfahrensrecht nicht nur aus Formvorschriften besteht.⁸¹

Klarere Abgrenzungskriterien finden sich erst für den Prozeß.⁸²

79) Martens, VVen zur Beschränkung der Sachverhaltsermittlung, S. 38.

80) Bettermann, VVDStRL 17 (1959), 118 (120).

81) Bettermann, ebd., S. 121.

82) Henckel, Prozeß und materielles Recht, S. 5 ff., 21.

Des weiteren muß man sich fragen, ob diese Abgrenzung zu treffen lohnt, da die Formel vom "Eingriff in Freiheit und Eigentum" auch von der Rechtsprechung als überholt angesehen wird.⁸³

Dasselbe ist zu dem Versuch zu sagen, den Begriff der Wesentlichkeit schärfer zu fassen, mit dem das BVerfG jetzt vielfach arbeitet.⁸⁴ Kriterien zur Unterscheidung des Grundlegenden und Wichtigen vom Unwichtigen und Zweitrangigen zu finden, wird z.T. als unmöglich hingestellt.⁸⁵ Der Wesentlichkeitsbegriff ist als heuristischer Begriff erkannt worden, der nicht viel mehr als eine Binsenweisheit ausspricht, daß nämlich die wirklich wichtigen Dinge in einem parlamentarisch-demokratischen Staatswesen vor das Parlament gehören. Als Beitrag zur Dogmatisierung ist er nicht brauchbar. Aufgrund dieser Erkenntnis greift auch das BVerfG erneut auf das Grundgesetz, auf den Schutz durch die Grundrechte als Abgrenzungskriterien für die Befugnisse der Verwaltung zurück,⁸⁶ wenngleich die "Grundrechtsrelevanz" als Konkretisierung der Wesentlichkeit dargestellt wird.

Um die Grauzone der Außenbindungswirkung der VVen zur Sachverhaltsermittlung aufzuhellen, ist also nach grundsätzlich klareren Abgrenzungskriterien zu fahnden.⁸⁷

83) BVerfG v. 28.10.75, E 40, 237 (249); v. 21.12.77, E 47, 46 (79) = NJW 1978, 807 (810) = DVBl 1978, 263 (267).

84) BVerfG a.a.O., sowie die Nachweise oben 3.

85) Rhinow, Rechtsetzung, S. 206 m.w.N. Was politisch wichtig werden kann, läßt sich nicht theoretisch vorherbestimmen; Zimmer, Gewaltenteilung, S. 347 mit Bsp.

86) BVerfG v. 21.12.77, E 47, 46 (79); v. 08.08.78, NJW 1979, 356 (360); v. 20.10.81, JZ 82, 755 (758); vgl. auch Pieske, DVBl 1977, 673 (676); Ossenbühl, DöV 1980, 545 (550); Krebs, Jura 1979, 304 (309).

87) Ossenbühl, DöV 1980, 545 (550).

Das Problem, ob VVen zur Sachverhaltsermittlung gesetzes-
gleiche Wirkung haben und dann vom Richter wie Gesetzes-
ergänzungen zu behandeln sind, ist ein Problem der Ge-
waltenteilung. Es geht darum, ob die Verwaltung wie der
Gesetzgeber in bestimmten Bereichen Außenrecht setzen
darf.⁸⁸

Wo liegt die genaue Grenze zwischen den Regelungen der
Sachverhaltsermittlung, die dem formellen Gesetz⁸⁹ und
damit dem Gesetzgeber vorbehalten sind und denen, die
die Verwaltung eigenständig setzen darf, zwar in der ihr
dafür allein zur Verfügung stehenden Form der VV, aber
mit gleicher Wirkung wie das Gesetz, nämlich Außenwirkung
und Beachtlichkeit durch den Richter?

Hier ist ausschlaggebend die Frage des Vorbehalts des
Gesetzes,⁹⁰ da der Vorbehalt besagt, daß die Verwaltung
dort nicht mit Außenwirkung regeln darf, wo nur der Ge-
setzgeber regeln darf.⁹¹

Dieses Problem des Vorbehalts des Gesetzes soll zunächst
grundlegend allgemein erörtert werden, wenngleich immer
mit einem Blick auf die Sachverhaltsermittlung. Daraus
wird sich der Umfang der möglichen Außenrechtssetzung
durch die Verwaltung anhand genauer Abgrenzungskriterien
ergeben.

88) Ossenbühl, VVen und GG, S. 182.

89) Nur der Vorbehalt des formellen Gesetzes kann
untersucht werden, wenn der materielle Gehalt
dadurch gerade erst bestimmt werden soll.

90) Ossenbühl, ebd.; ders. AöR 92 (1967), 1 (29);
ders. in Festgabe BVerwG, S. 434; Stern, Staats-
recht II, S. 659; a.A.; Martens in Tipke, Grenzen
der Rechtsfortbildung, S. 169, 175, dessen Ansicht
noch zu erörtern sein wird.

91) Vgl. Kisker, NJW 1977, 1313; Krebs, Vorbehalt, S. 109;
Ehmke, VVDStRL, 24 (1966), 231 (Diskussionsbeitrag).
Scheuning, VVDStRL, 40 (1982), 153 (158).

Anschließend soll diese Kompetenzabgrenzung zwischen Legislative und Exekutive aus der Sicht der Gerichte untersucht werden. Insbesondere wird dabei zu prüfen sein, ob die gefundenen Abgrenzungskriterien für die Außenwirkung der VVen zur Sachverhaltsermittlung unter diesem Aspekt einer Korrektur bedürfen, bzw. welche Präzisierungen noch möglich sind. Die Konsequenzen für die forensische Praxis sollen in einem letzten Abschnitt anhand bestimmter Gruppen von VVen und einiger Einzelfälle dargestellt werden.

II. Die VVen zur Sachverhaltsermittlung in Abhängigkeit vom Vorbehalt des Gesetzes

1. Der Umfang des Vorbehalts des Gesetzes

Der Boden, auf dem der Vorbehalt des Gesetzes heute steht, ist sehr schwankend. Um nicht einen Aspekt, der ihn ausformt, zu übersehen, muß sehr behutsam vorgegangen werden. Eine Rezeption des historischen Verständnisses zum Vorbehalt (unten a)) durch das Grundgesetz soll daher zunächst genauso beleuchtet werden, wie verschiedene Hinweise in Bestimmungen des Grundgesetzes auf den Umfang des Vorbehalts (unten b) - f)). Erst dann (unten g)) soll der hier vertretene Standpunkt dargelegt werden, von dem aus die Einzelkritik gegenüber den anderen Ansatzpunkten ergänzt und besser akzentuiert werden kann.

a) Der traditionelle Eingriffsvorbehalt

Der Allgemeinvorbehalt des Gesetzes¹ wird herkömmlich mit der Formel umschrieben, daß ein Gesetz dort erforderlich ist, wo Eingriffe in Freiheit und Eigentum im

1) In Abgrenzung zu speziellen Vorbehalten des GG

allgemeinen Gewaltverhältnis² in Frage stehen.³

Bereits oben I. 5. wurde festgestellt, daß dieser traditionelle Eingriffsvorbehalt von der Rechtsprechung, aber auch weiten Teilen der Literatur als überholt angesehen wird. Die Gründe dafür gilt es nun darzulegen.

Zum einen wurden Zweifel daran laut, ob der weite Bereich des besonderen Gewaltverhältnisses ohne weiteres aus dem Gesetzesvorbehalt ausgeklammert werden könne. Dies zum einen wegen Bedenken hinsichtlich des Grundsatzes der Gewaltenteilung, zum anderen, da es für unzulässig gehalten wurde, "das Rechtsverhältnis des Schülers, des Zuchthäuslers, des Soldaten und des Museumsbesuchers als Einheit zu sehen."⁴

Das BVerfG hat dann in seiner Entscheidung zum Strafvollzug ausgesprochen, daß die Grundrechte der Strafgefangenen ebenfalls nur durch Gesetz eingeschränkt werden können. Dies wird auch aus den Verfassungsbestimmungen der Art. 104 Abs. 1 und 2 sowie Art. 2 Abs. 2 Sätze 2 und 3 hergeleitet. Der dort angeordnete Gesetzesvorbehalt kann nicht wegen der traditionellen Ausgestaltung des Strafvollzuges als eines "besonderen Gewaltverhältnisses" außer Kraft gesetzt werden. Dies widerspricht der Grundrechtsbindung des Art. 1 Abs. 3 GG.⁵ Der Gesetzgeber wurde zum Erlass eines Strafvollzugsgesetzes aufgefordert. Es wurde am 16. März 1976 verkündet.⁶

2) In Abgrenzung zu den sog. besonderen Gewaltverhältnissen

3) BVerfG v. 06.05.58, E 8, 155 (167); Krebs, Vorbehalt, S. 102; Löhning, Vorbehalt im Schulverhältnis, S. 17 ff.; Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 1; zur Geschichte des Eingriffsvorbehalts, ebd., S. 102 ff. und Papier, Gesetzesvorbehalt, S. 12 ff.

4) Thieme, JZ 1964, 81 (82); vgl. auch Obermayer, VwVfG, Rdnr. 223 zu § 35.

5) BVerfG v. 14.03.72, E 33, 1 (10 ff.) = NJW 72, 81 (82).

6) BGBl I S. 581, ber. S. 2088 und 1977 S. 436.

In ähnlicher Weise wurde es als unerträglich angesehen, das Schulverhältnis als besonderes Gewaltverhältnis zu sehen und damit als rechtsfreien Raum hinzustellen. Auch das Schulverhältnis ist als Rechts- nicht als Gewaltverhältnis anzuerkennen,⁷ dies schon deshalb, da auch hier Grundrechte berührt sein können.⁸

Weiter wurde angezweifelt, ob die Beschränkung auf die Eingriffsverwaltung im modernen Staat noch sachgemäß ist. Die Angewiesenheit auf Leistungen hat ein Ausmaß erreicht, in dem die Ablehnung einer Leistung einem Eingriff in Freiheit und Eigentum gleichkommt. Die Sicherung gerechter Teilhabe an staatlichen Leistungen kann durch den Eingriffsvorbehalt nicht gewährleistet werden.⁹

Das Vorenthalten von Subventionen ist nicht mehr und nicht weniger schmerzlich, als das Auferlegen von Steuern,¹⁰ für die Existenz in Freiheit nicht weniger bedeutungsvoll als das Unterbleiben eines Eingriffs.¹¹ Dies gilt auch soweit dieser Nachteil nicht in Rechten, sondern bloß in Rechtsreflexen liegt.¹²

7) Ossenbühl in Erichsen/Martens, Allg. VwR, § 7 V 2; Lerche, Schulrecht und Gesetzesvorbehalt, S. 14.

8) Vgl. dazu BVerwG Beschl. v. 15.11.1974 - VII C 87.73 - E 47, 194 (197); v. 15.11.1974 - VII C 12.74 - E 47, 202 (204 ff.), BayVerfGH, v. 28.03.74, DVBl 1975, 425 (427); BVerfG v. 06.12.72, E 34, 165 (192 ff.); weitere Nachweise bei Ossenbühl in Erichsen/Martens, Allg. VwR, § 7 V 2.

9) Forsthoff, DVBl 1957, 724 (725); Bellstedt, DöV 1961, 161 ff.; Czermak, NJW 1961, 1760; Krebs, DVBl 1977, 632 (633); Erichsen, VerwA 69 (1978), 303; Friauf, DVBl 1966, 729 (737); weitere Nachweise bei Wolff, VerwR III, § 138 III b.

10) Kisker, NJW 1977, 1313 (1316).

11) BVerfG v. 28.10.75, E 40, 237 (249).

12) Friauf, DVBl 1966, 729 (736).

Angesichts dieser Verwischung der Grenzen zwischen Eingriff und Leistung erscheint es inkonsequent, nur Eingriffe dem Gesetz im formellen Sinne vorzubehalten,¹³ der Staat wäre andernfalls ein "hinkender Rechtsstaat."¹⁴ Gerade für das Schulverhältnis wird erkannt, daß hier die üblichen Abgrenzungsmerkmale von Eingriff und Begünstigung unentwirrbar ineinander übergehen.¹⁵

Die Rechtsprechung umgeht die Vorbehaltsproblematik im Bereich der Subventionierung, indem sie an dem Erfordernis einer gesetzlichen Legitimation festhält, diese aber für gegeben erachtet, wenn die Mittel im Haushaltsplan eingesetzt sind, dieser eine ausreichende Zweckbestimmung trifft und die Vergabe der Mittel zu den betreffenden Verwaltungsinstanzen zugewiesenen verfassungsmäßigen Aufgaben gehört.¹⁶

Gegen diese Annahme eines Totalvorbehalts läßt sich nicht einwenden, daß die Verwaltung zum stumpfen Befehlsempfänger degradiert werde.¹⁷ Auch wenn der Verwaltung in diesem Bereich die Aufgabe originärer Rechtssetzung genommen wird, bleiben ihr doch noch Bereiche eigenverantwortlicher Gestaltungsmöglichkeiten auch beim Gesetzesvollzug, z.B. im Rahmen des Ermessens.¹⁸ Dem Totalvorbehalt wird auch entgegenge-

13) Imboden, Gesetz als Garantie, S. 42.

14) Giacometti, Allgemeine Lehren, S. 251.

15) BVerfG v. 27.01.76, E 41, 251 (253) = NJW 76, 1309.

16) statt vieler BVerwG v. 21.03.58, E 6, 282 (287); v. 12.06.64, E 18, 352 (353); v. 26.04.79, E 58, 45 (48); BayVGh v. 29.07.70, BayVBl 1970, 408; weitere Nachweise bei Ossenbühl in Erichsen/Martens, Allg. VwR § 5 II.

17) Bullinger, Vertrag, S. 94; Peters, in FS für Hans Huber, S. 219 ff.; Reuß, DöV 1967, 217 (218).

18) Achterberg, Allg. VwR, S. 265; ders. DöV 74, 454; Schaumann, JZ 1966, 721 (727).

halten, daß er die Initiative der Verwaltung in Notlagen hemmen würde, z.B. bei der Versorgung von Flüchtlingen und Katastrophengeschädigten. Der Gesetzgeber würde noch mehr überlastet, während der Bürger um die Chance beraubt würde, in einem Bereich Leistungen zu erhalten, in dem der Gesetzgeber bislang untätig war.¹⁹

Angesichts der auf einem gewandelten Verfassungsverständnis beruhenden Zweifel an der Fortgeltung des traditionellen Eingriffsvorbehalts, ist nun zu fragen, ob das Grundgesetz nicht, entgegen den eben dargelegten tatsächlichen Schwierigkeiten, doch eine Ausdehnung des Vorbehalts des Gesetzes fordert, oder ob es gar eine ganz andere Abgrenzung erzwingt.

b) Die Ableitung des Vorbehalts des Gesetzes aus den Spezialvorbehalten des GG

Diesbezüglich wird vertreten, daß die Väter des GG einen Bruch mit dem überlieferten Verständnis der Gewaltenteilung und des Vorbehalts des Gesetzes nicht gewollt hätten, da sie dies sonst mit genügender Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht hätten.²⁰

Eine ausdrückliche Vorschrift über den Umfang des Vorbehalts des Gesetzes fehlt freilich. Somit ist das GG im übrigen zu durchforsten, ob es einen solchen Bruch enthält oder den überkommenen Eingriffsvorbehalt still-

19) Wolff, Verwaltungsrecht III, § 138 III b; Ossenbühl in Erichsen/Martens, Allg. VwR § 5 II m.w.N. zur wohl noch herrschenden Meinung.

20) Schwan, Zuständigkeitsregelung, S. 62; Peters in FS für Huber, S. 214.

schweigend rezipiert, da es auf der Tradition politischer Ideen aufbaut.²¹

Dabei kann aber nur vom positiven Verfassungstext ausgegangen werden,²² da sonst die Gefahr von Fehl- und Zirkelschlüssen droht,²³ und zwar nicht nur, weil die Zusammenhänge verwickelt sind,²⁴ sondern wohl vor allem, weil das GG nur sehr spärlich Anhaltspunkte gibt, aus denen dann die Schlüsse gezogen werden müssen.

Das GG enthält eine Reihe von Einzelbestimmungen, Spezialvorbehalte, die besagen, daß eine bestimmte Materie durch Gesetz zu regeln ist.

Wichtigste Gruppe dieser Einzelbestimmungen sind die Grundrechte und grundrechtsähnlichen Rechte, deren Einschränkung bzw. nähere Ausgestaltung ausdrücklich dem Gesetz vorbehalten ist.²⁵

Nach Auffassung des BVerfG²⁶ ist auch im Begriff der "verfassungsmäßigen Ordnung" in Art. 2 Abs. 1 GG der Gesetzesvorbehalt enthalten. Das BVerfG versteht diesen Vorbehalt als Rechtssatzvorbehalt, der alle der Verfassung gemäßen, formellen und materiellen Normen

21) Badura, Diskussionsbeitrag in VVDStRL 24 (1966), 212; Krebs, Vorbehalt, S. 104.

22) Schnapp, Amtsrecht, S. 249.

23) Ossenbühl in Festgabe BVerwG, S. 435.

24) Ossenbühl, ebd.

25) So Art. 2 Abs. 2, 4 Abs. 2 Satz 2, 5 Abs. 2, 6 Abs. 3, 8 Abs. 7, 10 Abs. 2, 11 Abs. 2, 12 Abs. 1 Satz 2, 12a Abs. 2 bis 6, 13 Abs. 2 und 3, 14 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 Satz 2, 15 Satz 1, 16 Abs. 1 Satz 2, 17a Abs. 1 und 2, 103 Abs. 2, 104 Abs. 1 GG.

26) Elfes-Urteil, BVerfG v. 16.01.57, E 6, 32 (38).

umfaßt, damit aber auch das Gewohnheitsrecht.²⁷

Ferner enthält das GG eine Reihe von Regelungsaufträgen, die dem Gesetzgeber die nähere Ausgestaltung bestimmter Materien in Gesetzesform zuweisen.²⁸

Dem Gesetz vorbehalten sind außerdem das Haushaltsrecht²⁹ sowie gewisse Regelungen des Völkerrechts.³⁰ Auch einige Einzelbestimmungen des GG, die sich mit der Übertragung von Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungs-befugnissen befassen, fordern eine gesetzliche Grundlage.³¹

Schließlich enthalten auch die Vorschriften des GG, die vorschreiben, daß Gesetze für bestimmte Materien der Zustimmung des Bundesrates bedürfen, zugleich einen Vorbehalt des Gesetzes, da bei einer Regelung durch die Verwaltung im Wege des Erlasses von VVen diese Zustimmung gerade umgangen würde.

27) BVerfG, ebd., S. 40.

28) So Art. 6 Abs. 5, 21 Abs. 3, 26 Abs. 2 Satz 2, 29 Abs. 1, 2 und 6, 38 Abs. 9, 41 Abs. 3, 45b Satz 2, 48 Abs. 3 Satz 3, 54 Abs. 7, 94 Abs. 2, 95 Abs. 3 Satz 2, 96 Abs. 2 Satz 3, 98 Abs. 1 und 3, 103 Abs. 2, 108 Abs. 1, 4 bis 6, 118 Satz 2, 120a Abs. 1 Satz 1, 131 Abs. 1, 137 Abs. 1, 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 8 WRV; Vgl. Starck, Gesetzesbegriff, S. 27; Zimmer, Gewaltenteilung, S. 219 und Schneider, DÖV 1975, 449.

29) Art. 110, 114 Abs. 2 Satz 3, 115 Abs. 1 Satz 1 und 3, 135 Abs. 4 GG.

30) Art. 24 Abs. 1, 59 Abs. 2 S. 1, 115 1 Abs. 3 GG.

31) So Art. 60 Abs. 1, 71, 89 Abs. 2 Satz 2, 93 Abs. 2, 101 Abs. 1 und 2 GG.

32) Vgl. die Art. 29 Abs. 7, 79 Abs. 2, 84 Abs. 1 und 5, 85 Abs. 1, 87b Abs. 1 Satz 3 und 4, Abs. 2, 87c, 87d Abs. 2, 91a Abs. 2, 104a Abs. 3 Satz 3, 105 Abs. 3, 106 Abs. 3 bis 5, 107 Abs. 1 Satz 2 und 4, 108 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2, Abs. 4, Abs. 5 Satz 2, 109 Abs. 3 und 4, 134 Abs. 4, 135 Abs. 5 GG. Vgl. auch die Zusammenstellung bei Starck, Gesetzesbegriff, S. 27.

Von besonderem Interesse sind hier die speziellen Gesetzesvorbehalte, die in den Grundrechten und in Art. 84 Abs. 1 GG enthalten sind. Soweit sie einen Gesetzesvorbehalt statuieren, könnte dieser zugleich auch die Regelungen über das Verfahren betreffen. Dies gilt für die Grundrechte, da die erwähnte Grundrechtsverwirklichung und -Sicherung³³ u.U. erst durch das Verfahren gewährleistet werden kann. Dieses Verfahren müßte dann möglicherweise auch gesetzlich mitgeregelt werden aufgrund des jeweiligen speziellen Gesetzesvorbehalt.

Doch ob dies der Fall ist und in welchem Umfang dies der Fall ist, wird im GG ausdrücklich nicht erläutert und muß durch Auslegung ermittelt werden. Eine solche Auslegung ist aber - zumindest an dieser Stelle - noch nicht möglich: die Grundrechte bieten dafür fast keine Anhaltspunkte. Es droht die erwähnte Gefahr von Fehl- und Zirkelschlüssen.³⁴

Nicht viel mehr läßt sich aus Art. 84 Abs. 1 GG entnehmen. Art. 84 Abs. 1 GG ist im Zusammenhang mit Art. 84 Abs. 2 GG zu sehen. Abs. 1 betrifft die gesetzliche Regelung der Einrichtung der Behörden und des Verwaltungsvorgangs; Abs. 2 betrifft die VV, die aber inhaltlich ebenfalls "die Einrichtungen des Staates und die Tätigkeit seiner Organe" regeln wollen.³⁵ VVen betreffen aber grundsätzlich nur das innere Verfahren der Verwaltungsbehörde.³⁶

Die Regelung des Verwaltungsverfahrens ist also durch Gesetze nach außen, durch VVen nach Innen vorzunehmen.

33) Oben I.5.

34) Ossenbühl in Festgabe BVerwG, S. 435

35) Vgl. oben I.1.

36) Vgl. oben I.1.

Verwaltungsverfahren im Sinne des Art. 84 Abs. 1 GG ist nur die Gesamtheit der (auch) auf den Bürger wirkenden Verfahrensbestimmungen.³⁷ Diese Argumentation könnte sich aber als Zirkelschluß erweisen: die oben erwähnte Definition der VVen³⁸ entspricht zwar wohl der überwiegend herrschenden Meinung, damit ist aber noch nicht nachgewiesen, daß dieses Verständnis der VVen auch vom GG rezipiert wurde. Die dargelegte Argumentation legt allenfalls den Schluß nahe, daß auch das GG Gesetze und VV in der genannten Weise unterscheidet. Weiter spielen hier wieder die zweifelhaften Begriffe von Innen- und Außenbereich herein,³⁹ und schließlich ist damit noch nicht dargelegt, daß hier nicht ausnahmsweise doch eine Außenwirkung möglich ist. Genauso kann aus dem Zusammenspiel von Art. 84 Abs. 1 und 2 GG geschlossen werden, daß die VVen wegen ihrer Gesetzesergänzenden Funktion "nur solche Regelungen umfassen sollen, die dem legislativen Zugriff, d.h. der Unifizierung durch Gesetz, verschlossen sind."⁴⁰ Auch besagt Art. 84 Abs. 1 GG nichts darüber, ob nicht die Länder das Verwaltungsverfahren durch VVen regeln können.

Allein aus den speziellen Gesetzesvorbehalten des Grundgesetzes eine Grenzziehung zwischen Außenrechtsetzungsbefugnissen der Legislative und der Exekutive auf dem Gebiet der Sachverhaltsermittlung ableiten zu wollen, erscheint daher nicht möglich.⁴¹

37) Zu dieser Argumentation: Maunz in M.-D.-H., GG, Rdnr. 17 zu Art. 84.

38) Oben I.1.

39) Vgl. oben I.5. und Stern, Staatsrecht II, S. 654 ff.

40) v. Mangoldt/Klein, GG, S. 2155 unter Berufung auf Ossenbühl, VVen und GG, S. 367.

41) Vgl. Thieme, JZ 1964, 81 (82).

Entsprechend ist die Grenzziehung auch dann nicht möglich, wenn man mit Vogel⁴² den allgemeinen traditionellen Eingriffsvorbehalt als von den speziellen Gesetzesvorbehalten, besonders der Art. 2 Abs. 1 und 14 GG, mitumfaßt ansieht. Es ist außerdem fraglich, ob der Allgemeinvorbehalt nicht über die speziellen Gesetzesvorbehalte hinausgeht.

So stellt Schwan⁴³ schon im Verhältnis zum traditionellen Eingriffsvorbehalt fest, daß dieser der Verwaltung engere Grenzen zieht als etwa Art. 2 Abs. 1 GG. Das BVerfG versteht den in Art. 2 Abs. 1 GG versteckten Gesetzesvorbehalt dahin, daß auch Gewohnheitsrecht einen Eingriff in das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit legalisieren kann.⁴⁴ Damit bleibt dann der Schutz des Grundrechts hinter dem des Eingriffsvorbehalts zurück, denn der traditionelle Eingriffsvorbehalt verlangt auf jeden Fall eine formell-gesetzliche Ermächtigung.⁴⁵

Das Umfaßtsein des Eingriffsvorbehalts von den speziellen Grundrechtsvorbehalten stellt auch Krebs in seiner umfassenden Kritik in Frage⁴⁶ und meint darüber hinausgehend, daß sich der Regelungsgegenstand des Eingriffsvorbehalts von dem der Gesetzesvorbehalte auch qualitativ unterscheide. Der liberal-rechtsstaatliche Begriff von Freiheit und Eigentum sei nicht mit dem grundrechtlichen Freiheitsbegriff identisch, der von den Verfassungsentscheidungen für den sozialen Rechtsstaat und für die Demokratie inhaltlich geprägt ist.⁴⁷

42) VVDStRL 24 (1966), 125 (155); ihm folgend Schnapp, Amtsrecht, S. 250.

43) Schwan, Zuständigkeitsregelung, S. 14.

44) BVerfG v. 16.01.57, E 6, 32 (40); vgl. auch Jakob, DöV 1970, 666 (671, Fußn. 43); Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 137 ff.

45) So die h.M., vgl. Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 32 ff.; 138.

46) Krebs, Vorbehalt, passim.

47) Krebs, Vorbehalt, S. 72 ff.

Krebs selber will aus den grundrechtlichen Gesetzesvorbehalten eine Konkretisierungs- und Ausführungskompetenz des Gesetzgebers herleiten wegen des subjektiv- und objektiv-rechtlichen Grundgehalts der Grundrechte, der einer Verwirklichung und Sicherung durch die "Grundrechtsgesetzgebung" bedarf.⁴⁸ Damit greift er den von Vogel⁴⁹ vernachlässigten Aspekt der Kompetenzabgrenzung zwischen Gesetzgebung und Verwaltung durch den Vorbehalt des Gesetzes⁵⁰ auf.

Allein die Spezialvorbehalte für die Grenzziehung zwischen Exekutiv- und Legislativkompetenzen zugrunde zu legen, erscheint auch deshalb bedenklich, da bei einer Verfassungsinterpretation die Verfassung als Einheit zu betrachten ist.⁵¹ Es ist nicht nur auf die einzelnen Grundrechtsnormen und ihre Spezialvorbehalte, sondern auf den Gesamtzusammenhang zu sehen, in dem sie stehen. Darüber hinaus besagen die Spezialvorbehalte der Grundrechte zwar, daß eine Grundrechtseinschränkung nur durch Gesetz, nicht durch VVen möglich ist, es bleibt aber doch die Frage offen, in welchem Umfang handelt es sich um eine Grundrechtseinschränkung; wo liegt die genaue Grenze zwischen den Kompetenzen des Gesetzgebers und der Verwaltung? Hier interessiert ja gerade die Frage, in welchem Umfang das Verfahren der Sachverhaltsermittlung vom Vorbehalt des Gesetzes mitumfaßt ist. Um diese Grenzziehungsfrage befriedigend lösen zu können, muß noch zu anderen, klareren Kriterien vorgedrungen werden.⁵²

48) Krebs, Vorbehalt, S. 81, ff.; ders. Jura 1979 304 (310).

49) VVDStRL 24 (1966), 125 ff.

50) Dies wird auch von Badura kritisiert, VVDStRL 24 (1966), 213 (Diskussionsbeitrag) und Löhning, Vorbehalt im Schulverhältnis, S. 17.

51) Hesse, Verfassungsrecht, S. 26

52) Ossenbühl, DöV 1980, 545 (550).

c) Die Ableitung des Vorbehalts des Gesetzes
aus dem Gewaltenteilungsprinzip

Da der genaue Umfang des Vorbehalts des Gesetzes nicht aus den positiven Bestimmungen des GG zu entnehmen ist, könnte er möglicherweise dadurch bestimmt werden, daß man das System der Gewaltenteilung im allgemeinen zu deuten versucht.⁵³ Dieser Versuch wurde von Imboden in seiner Baseler Antrittsrede⁵⁴ und von Giacometti⁵⁵ unternommen.

Der Gewaltenteilung im gegenständlichen Sinne wird die Gewaltenteilung im organisatorischen Sinne gegenübergestellt.⁵⁶ Gewaltentrennung im gegenständlichen Sinne bezeichnet die Trennung der staatlichen Funktionen der Rechtssetzung, Verwaltung und Rechtsprechung.⁵⁷ Diese Trennung sollte unter dem GG leichtfallen, da dieses in seinen Abschnitten VII, VIII und IX genauso differenziert. Entsprechend werden organisatorisch Legislative (als Inbegriff der gesetzgebenden Körperschaften), Exekutive (als Inbegriff aller Verwaltungsbehörden) und Judikative (als Inbegriff aller Gerichte) unterschieden. Diese Unterscheidung trifft auch Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG. Nun bedarf es noch der Zuordnung dieser drei Funktionen auf die drei Funktionsträger.⁵⁸

Die größten Schwierigkeiten bereitet hier aber eine klare Funktionentrennung. So wird versucht, anhand verschiedener Kriterien die Funktionsbereiche gegeneinander abzustecken. Nach wohl noch h.M. wird die Trennung zwischen Legislative und Exekutive als Trennung zweier Formen der Staatstätigkeit angesehen: der

53) Thieme, JZ 1964, 81 (82).

54) Imboden, Gesetz als Garantie, S. 20.

55) Giacometti, Allgemeine Lehren, S. 226, 228, 250.

56) Zu den Begriffen vgl. Obermayer, VwR, S. 47.

57) Giacometti, Allg. Lehren, S. 30.

58) Hesse, Verfassungsrecht, S. 188.

abstrakt-generellen Rechtsetzung ohne Rücksicht auf Dauer, Zweck und inhaltliche Bedeutung und der konkreten Vollziehung von Rechtssätzen.⁵⁹

Als Funktion des Parlaments wird auch seine politische Führungsrolle genannt. Vollziehende Gewalt und Rechtsprechung sind an die vom Parlament erlassenen Gesetze gebunden, Art. 20 Abs. 3 GG. So sollen dem Gesetzgeber alle politisch bedeutsamen Entscheidungen vorbehalten bleiben.⁶⁰

Angesichts mannigfacher Funktionsverschränkungen⁶¹ hat man Kernfunktionen der verschiedenen Gewalten postuliert.⁶² Überschneidungen zwischen den verschiedenen Staatsgewalten sollen demnach zulässig sein, solange die Durchbrechung der Gewaltentrennung nicht in den Kernbereich einer anderen Gewalt eingreift.⁶³

Doch mit diesen Abgrenzungen ist für den Einzelfall noch keine eindeutige Entscheidung möglich. Gerade das Verwaltungsverfahren kann damit noch nicht eindeutig dem Vorbehaltsbereich zugeordnet oder aus ihm ausgeklammert werden. Könnte man nicht gerade das Verfahren nur als Teil der Vollziehung der "materiellen" Gesetze auffassen? Damit würde die Regelung des Verfahrens zu einem Teil der Vollziehung, einer Funktion, die der Exekutive zukommt.⁶⁴

59) Wolff, VwR I, § 17 II b; Münch in Erichsen/Martens, Allg. VwR, § 1 II.

60) Ossenbühl, VVen und GG, S. 249; ähnlich Starck, Gesetzesbegriff, S. 286; Erichsen in FS für Hans J. Wolff, S. 245.

61) Wolff, VwR, § 16 II c; v. Münch in Erichsen/Martens, Allg. VwR, § 1 II.

62) So schon BVerfG v. 27.04.59, E 9, 268 (280); Obermayer, VwR, S. 49.

63) BVerfG a.a.O. und v. 10.10.72, E 34, 52 (59); v. Münch in Erichsen/Martens, Allg. VwR, § 1 II.

64) Vgl. Schmidt, Gesetzesvollzug durch Rechtsetzung.

Der Ursprung der Problematik liegt zwar in der Gewaltenteilung,⁶⁵ allein aus ihrer Existenz ist die Lösung jedoch nicht abzuleiten. Die Abgrenzungsprobleme sind ungelöst. Eine Funktionszuweisung für die gesetzgebende Gewalt anhand des Gesetzesbegriffs erscheint nicht möglich, da der Begriff des Gesetzes selbst fragwürdig und unsicher ist. Er läßt sich inhaltlich nicht gültig definieren, wie die inzwischen als verfassungsrechtlich unbedenklich anerkannten Maßnahme- und Individualgesetze zeigen.⁶⁶

Damit entzieht sich die Funktionszuweisung der Exekutive genauso genauerer Bestimmung, da die Verwaltung nach h.M. wegen ihrer vielfältigen Erscheinungsformen nur negativ definiert werden kann, unter Ausgrenzung der der Legislative zugewiesenen Staatsfunktionen.⁶⁷

Nicht nur die Trennung der Funktionen, auch die Trennung der verschiedenen Organe erscheint insofern problematisch, als Regierung und Mehrheitsfraktionen eine "funktionelle Einheit" bilden.⁶⁸ Wegen dieser heute völlig anders gearteten Machtlage,⁶⁹ erscheint eine klare Trennung im Sinne der klassischen Gewaltenteilungslehre schwierig.

Entscheidend ist aber schließlich, daß der Gewaltenteilungsgrundsatz zwar im GG in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 enthalten ist, als solcher aber noch keine Aussagekraft hat. Seine grundsätzliche Statuierung hat nicht gleichzeitig die Macht, die Unterscheidung zwischen verschiedenen Gewalten auszuformen. Eine Gewaltenteilung, die

65) Ossenbühl, AöR 92 (1967), 1 (28).

66) Ossenbühl, DöV 1980, 545 (548); Bull, Allg. VwR, S. 123.

67) Obermayer, VwR, S. 13; Otto Mayer, Dt VwR, S. 7; Anschütz/Thoma, HDStR Bd. II, S. 109; zu der Schwierigkeit, selbst nur einen Funktionskern auszumachen, Leisner, DöV 1969, 405 (407 ff.).

68) Frohn, Gesetzesbegriff, S. 67.

69) Zimmer, Gewaltenteilung, S. 58.

Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG entspricht, ist in vielerlei Formen denkbar. Die Ausformung, die ihr das Grundgesetz geben will, ist erst im Zusammenhang mit den übrigen Verfassungsbestimmungen zu erkennen. Nicht der Gewaltenteilungsgrundsatz formt den Umfang des Vorbehaltes des Gesetzes, sondern der - aus anderen Bestimmungen zu entnehmende - Vorbehalt des Gesetzes kann das Aussehen der von der Verfassung gewollten Gewaltenteilung bestimmen.⁷⁰

Der Versuch, bestimmte Grenzen des Vorbehalts des Gesetzes aus dem Gewaltenteilungsgrundsatz abzuleiten, läuft deshalb auf eine *petitio principii* hinaus.⁷¹ Will man den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes aus dem Gewaltenteilungsgrundsatz herleiten, verläßt man den Boden dogmatischer Arbeit, der "irrationale Beitrag" des "Interpreten als Deuter wird übermächtig."⁷² Dies wird besonders deutlich dadurch, daß auch der umgekehrte Schluß aus dem Gewaltenteilungsprinzip gezogen werden kann: die Exekutive ist in ihrer Entscheidung völlig frei, sie ist eine besondere eigenständige Gewalt; eine wechselseitige Bindung läßt sich aus der Trennung der Gewalten nicht ableiten.⁷³

70) Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 190; Achterberg, Funktionenlehre, S. 207.

71) Schwan, Zuständigkeitsregelung, S. 61.

72) So pointiert Starck, Gesetzesbegriff, S. 282; vgl. ferner Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 91; Schnapp, Amtsrecht, S. 248; Krebs, Vorbehalt, S. 106.

73) Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 200; Rupp, Grundfragen, S. 130; Achterberg, Funktionenlehre, S. 207.

d) Die Ableitung des Vorbehalts des Gesetzes
aus dem Vorrang des Gesetzes

Nur kurzer Erwähnung bedarf die Ableitung des Vorbehalts aus dem Vorrang des Gesetzes. Art. 20 Abs. 3 GG wird von einem Teil der Lehre als Standort des Gesetzesvorbehalts angesehen.⁷⁴

Dem dort enthaltenen Vorrangprinzip wird mittelbar der Vorbehalt des Gesetzes entnommen, da der Vorrang des Gesetzes illusorisch würde, wenn es erst gar nicht zum Erlaß von Gesetzen käme.⁷⁵ Dem Grundsatz nach wird der Vorbehalt des Gesetzes in Art. 20 Abs. 3 GG vorausgesetzt, "weil andernfalls die Frage, in welchem Umfang die vollziehende und die rechtssprechende Gewalt an das Gesetz gebunden sein sollen, offenbliebe und der Vorrang des Gesetzes seinen Sinn verlöre."⁷⁶

So geht auch die Rechtsprechung des BVerfG davon aus, daß sich die Geltung des Vorbehalts des Gesetzes aus Art. 20 Abs. 3 GG ergibt. Der Vorrang wird als sinnlos angesehen, wenn nicht schon die Verfassung selbst verlangen würde, daß staatliches Handeln in bestimmten grundlegenden Bereichen nur Rechtsens ist, wenn es durch das förmliche Gesetz legitimiert wird.⁷⁷

74) Nachweise bei Schnapp, Amtsrecht, S. 248 und Löhning, Vorbehalt im Schulverhältnis, S. 16, Fußn. 20.

75) Rupp, Grundfragen, S. 117, Fußn. 31.

76) Hesse, Verfassungsrecht, S. 77.

77) BVerfG v. 28.10.75, E 40, 237 (249) = NJW 76, 34; v. 08.08.78, E 48, 89 (126) = NJW 79, 359 (360).

Übereinstimmend wird dann aber sogleich festgestellt, daß sich dem Art. 20 Abs. 3 GG nicht entnehmen läßt, wie weit der Vorbehalt des Gesetzes demzufolge im einzelnen reicht, welche Bereiche er umfaßt.⁷⁸ Damit ist diese Verortung des Vorbehalts des Gesetzes im Verfassungstext für die vorliegende Problemstellung der genauen Grenzziehung des Vorbehalts aber ohne Aussagekraft.

e) Die Ableitung des Vorbehalts des Gesetzes aus dem Demokratieprinzip

Auch das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG wird häufig zur Bestimmung des Umfangs des Vorbehalts des Gesetzes herangezogen. So hat Jesch⁷⁹ aus einer umfassenden Volkssouveränität einen umfassenden demokratischen Gesetzesvorbehalt, einen Totalvorbehalt abgeleitet.

Da es keine monarchische Souveränität mehr gibt, kann dieser auch keine Rechtssetzungsbefugnis mehr zukommen. Der umfassende Gesetzesvorbehalt folge aus der Stellung des Parlaments als des höchsten Staatsorgans, aus seiner Leitungs- und Lenkungsaufgabe. Das Parlament als dem am unmittelbarsten (durch direkte Volkswahl) legitimierten demokratischen Organ obliege es, alle Bereiche staatlicher Tätigkeit zu steuern. Geht in der Demokratie die Staatsgewalt also vom Volk aus, so könne es grundsätzlich keine eigenständige Exekutivgewalt mehr geben, die etwa nur bei Eingriffen in Freiheit und Eigentum an Gesetz und Recht gebunden wäre.⁸⁰

78) Vgl. die eben genannten Nachweise in den vorangegangenen Fußnoten.

79) Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 171 ff.

80) Mallmann, VVDStRL 19 (1961), 15 (185 ff.); Rupp, Grundfragen, S. 113 ff.

Nach dieser Ansicht benötigt die gesamte regelnde Verwaltungstätigkeit der demokratischen Legitimation und muß daher dem Willen des demokratischen Parlaments unterworfen sein.⁸¹ Denn nur wenn die Verwaltung an Gesetz und Recht gebunden ist, wenn sie nur aufgrund eines Gesetzes regeln darf, wird sichergestellt, daß auch alle Verwaltungshandlungen vom Volk ausgehen.

Umgekehrt wird das Prinzip der parlamentarischen Demokratie zugleich als Verpflichtung des Parlaments verstanden, sein Führungsinstrument nicht aus der Hand zu geben, es dürfe "auf sein Erstgeburtsrecht bei der Entscheidung wichtiger Fragen von allgemeiner Bedeutung nicht verzichten."⁸²

Auch das Bundesverfassungsgericht argumentiert für den von ihm im Sinne der Wesentlichkeitstheorie⁸³ verstandenen Umfang des Vorbehalts des Gesetzes unter anderen aus dem Demokratieprinzip.⁸⁴ Das Demokratieprinzip des GG verpflichte den Gesetzgeber, die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen.

Geht man vom demokratischen Prinzip aus, betont dabei aber die politische Führungsaufgabe des Parlaments,⁸⁵ so können sich dadurch wieder andere Akzente für die Bestimmung des Umfangs ergeben, den der Vorbehalt des Gesetzes haben soll.⁸⁶

81) Hesse, Verfassungsrecht, S. 188.

82) Bachof, VVDStRL 24 (1966), 225 (Diskussionsbeitrag).

83) Vgl. oben I.3.

84) Statt vieler BVerfG v. 18.07.72, E 33, 303 (346); v. 22.06.77, E 45, 400 (417); v. 20.10.81, JZ 82, 755 (756).

85) So auch Papier, Gesetzesvorbehalt, S. 93.

86) Bull, Allg. VwR, S. 140.

So versucht Kisker das Wesentlichkeitskriterium des Bundesverfassungsgerichts dahingehend zu präzisieren, daß man unter dem Wesentlichen, das politisch Kontroverse zu verstehen habe.⁸⁷

Der Grundsatz der Demokratie gibt jedoch noch keine Antwort auf die Frage des Umfangs der Rechtsetzungskompetenz von Parlament oder Verwaltung.⁸⁸ Vielmehr bleibt diese Frage offen, da auch die Exekutive demokratisch legitimiert ist.⁸⁹

Im demokratischen Verfassungsstaat ist jede Funktion demokratisch, steht auf der Grundlage der demokratischen Verfassung. Sie wird durch die Verfassung selbst konstituiert, aber eben dadurch auch demokratisch legitimiert.⁹⁰ Die Exekutive ist auch außerhalb des Gesetzesvollzug wegen parlamentarischer Einwirkungs- und Kontrollmittel, vor allem aber durch die Wahl und

87) NJW 1977, 1313 (1318); er argumentiert hier allerdings nicht mit dem Demokratieprinzip. Lerche, Schulrecht und Gesetzesvorbehalt, S. 19 f. hält demgegenüber die Begriffe "wesentlich", "grundlegend", "politisch wichtig" u.ä.m. für fast gleichbedeutend; er meint, ein Abstellen auf "das politisch Kontroverse" sei problematisch, da gerade diese Gegenstände keine Veröffentlichungsarbeit des Parlaments mehr bräuchten.

88) Kirchhof, StuW 1975, 357 (366).

89) Ossenbühl, VVen und GG, S. 228; Schmidt, Gesetzesvollzug durch Rechtsetzung, S. 31 ff.; Bullinger, Vertrag, S. 94; Böckenförde/Grawert, AöR 95 (1970), 1 (25 ff.); Papier, Gesetzesvorbehalt, S. 34; Schwan, Zuständigkeitsregelung, S. 52; Krebs, Vorbehalt, S. 106; ders. Jura 1979, 304 (309); Kirchhof StuW 1975, 357 (362); Hansen, Fachliche Weisung, S. 63.

90) Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 79.

die Vertrauensabhängigkeit der Regierung⁹¹ von der Volksvertretung sowie wegen des Budgetrechts des Parlaments demokratisch legitimiert.⁹²

So wird auch darauf hingewiesen, daß wir in der Verfassungswirklichkeit weniger den einzelnen Abgeordneten wählen als vielmehr den Kanzler oder die Regierungsmannschaft.⁹³ Auch verläuft die politisch relevante Front nicht mehr zwischen der durch Wahl demokratisch legitimierten Volksvertretung einerseits und der monarchischen Exekutive andererseits. Regierungsparteien, Parlamentsmehrheit und Regierung sitzen politisch in einem Boot; ihr gemeinsamer Gegner ist die Oppositionspartei und deren Fraktion im Parlament.⁹⁴

Gegen die Herleitung des Vorbehalts des Gesetzes aus dem Demokratieprinzip werden auch wieder Bedenken laut, daß dieses als Staatsstrukturbestimmung zu unbestimmt ist, als daß man ihm dogmatisch eindeutige Grenzen für die Bestimmung des Umfangs des Vorbehalts des Gesetzes entnehmen könnte.⁹⁵

91) Eine klare Trennung zwischen Regierung und Verwaltung - vgl. dazu Wolff, VwR I, § 16 II a - erscheint hier nicht nötig, da im Blick auf die Zuständigkeit zum Erlaß von VVen die Regierung sich lediglich als Exekutivspitze darstellt. Hier geht es ja nur um die Abgrenzung der Exekutive von der Legislative.

92) Böckenförde, ebd.; Papier, Gesetzesvorbehalt, S. 34.

93) Pietzcker, JuS 1979, 710 (713).

94) Kisker, NJW 1977, 1313 (1314).

95) Starck, Gesetzesbegriff, S. 282; Schnapp, Amtsrecht, S. 248.

f) Die Ableitung des Vorbehalts des Gesetzes
aus Art. 80 GG

Art. 80 GG wird in der Literatur zum Teil die Funktion zugeschrieben, ein selbständiges Verordnungsrecht der Exekutive zu unterbinden.⁹⁶ Dem hält Schenke entgegen,⁹⁷ daß die Exekutive auf Effektivität, auf schnelles Handeln und Reagieren, auf Flexibilität angewiesen ist. Dennoch sei aus Art. 80 GG noch am ehesten eine Konturierung des Gesetzesvorbehalts zu gewinnen: zumindest bei auf Dauer angelegten Regelungen, bei denen es also gerade nicht auf schnelles Reagieren der Verwaltung ankommt, sei dem Art. 80 GG zu entnehmen, daß diese nur durch Gesetz oder gem. Art. 80 GG aufgrund eines Gesetzes erlassen werden könnten. Nur bei Regelungen mit Maßnahmecharakter müsse auf die politische Bedeutung rekurriert werden. Auch diese Argumentation tendiert also auf einen Totalvorbehalt hin.

Weiter kann hier argumentiert werden, das GG stelle ja gerade den nach außen wirkenden Rechtsverordnungen (Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG) die bloß verwaltungsintern wirkenden VVen (Art. 84 Abs. 2, 85 Abs. 2 Satz 1, 86, 108 Abs. 7 GG) gegenüber.⁹⁸ Würde also der Vorbehalt des Gesetzes nicht umfassend gelten, gäbe es Bereiche, in denen die Exekutive mit eigener Rechtsetzungsmacht ausgestattet ist, in denen sie VVen mit der gleichen Außenwirkung wie die der Verordnungen erlassen könnte, würde dies zu einer völligen Einebnung beider Regelungsgattungen und so zu einer Wesensveränderung des Staatsgefüges führen.⁹⁹

96) Friauf, DVBl 1966, 729 (735); Selmer, JuS 1968, 489 (494); Rupp, Grundfragen, S. 115 ff.

97) DöV 1977, 27 (29 ff.).

98) Rupp, NJW 1970, 412 (413).

99) Ossenbühl, AöR 92, (1967), 1 (32).

Das GG gehe eben von einer geschlossenen Formtypik der Rechtsquellen aus, die den Gesetzen und Rechtsverordnungen die VVen gegenüberstellt.¹⁰⁰ Die Unterscheidung zwischen diesen Regelungsgattungen allein in der andersartigen Normerzeugung zu sehen,¹⁰¹ wird abgelehnt, da sie leicht zu einer Umgehung des Art. 80 GG führen könnte: die Verwaltung könnte Regelungen, zu deren Setzung sie nicht im Wege des Art. 80 GG ermächtigt ist, selbst erzeugen, eben als VVen. Dennoch erscheint diese Argumentation nicht logisch zwingend.

Zwar ist dem GG zu entnehmen, daß die Rechtsverordnung im Verhältnis zur VV ein aliud darstellt und man mag dem auch noch dahingehend folgen, daß der Unterschied gerade in der Art der Außenwirkung liegt. Es erscheint jedoch auch dann noch sinnvoll, daß das GG diese beiden Kategorien nennt, wenn der Unterschied in der Außenwirkung nur im Vorbehaltsbereich besteht. Die Rechtsverordnung wäre demnach die Regelungsgattung, die im Vorbehaltsbereich Außenwirkung hat, der VV wäre diese Außenwirkung für den Vorbehaltsbereich versagt. Dadurch unterscheidet sie sich von der Rechtsverordnung. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß sie im übrigen im vorbehaltsfreien Raum keine Außenwirkung haben kann. Aber wo dieser vorbehaltsfreie Raum liegt, ist damit gerade noch nicht festgestellt.

Einen weiteren Hinweis auf diese Grenze scheint Art. 80 Abs. 2 GG zu geben. Art. 80 Abs. 2 GG enthält durchaus Anhaltspunkte dafür, daß die Notwendigkeit einer gesetzlichen Ermächtigung nicht bloß auf Eingriffe in

100) Selmer, JuS 1968, 489 (495).

101) So aber Ipsen, VVDStRL 25 (1967), 257 (296).

Freiheit und Eigentum beschränkt ist. Besonders die drei letzten Modalitäten des Art. 80 Abs. 2 GG ziehen einen sehr viel weiteren Kreis. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, daß das Rechtsetzungsrecht der Exekutive ausschließlich in Art. 80 GG geregelt sei.¹⁰²

Man kann zwar davon ausgehen, daß demnach der Vorbehalt des Gesetzes nicht nur Eingriffe in Freiheit und Eigentum umfassen will. Aber auch mit diesem Argument ist nicht widerlegt, daß das GG nicht außerhalb dieses - wenn auch umfassenderen - Vorbehalt des Gesetzes doch eine originäre Außenrechtsetzungsgewalt der Exekutive anerkennt. Die Beantwortung dieser Frage bleibt auch aus der Sicht des Art. 80 Abs. 2 GG gerade für das Verfahrensrecht noch offen.

Art. 80 GG darf nicht umgangen werden.¹⁰³ Gesetzesvertretende, -ändernde und -ergänzende VVen sind mit Art. 80 GG unvereinbar.¹⁰⁴

Dies ist sicher richtig, gilt aber nur im Vorbehaltsbereich, dessen Grenzen ja gerade erst bestimmt werden sollen. Zwar setzt Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG den Vorbehalt des Gesetzes auch voraus,¹⁰⁵ jedoch nur insofern, als es für bestimmte Gebiete überhaupt einen Vorbehalt geben muß, damit die Regelung des Art. 80 GG sinnvoll ist. Insofern setzt Art. 80 GG auch nur einen Rechtssatzvorbehalt¹⁰⁶ voraus, d.h. Einzelmaßnahmen, ja so-

102) Rupp, NJW 1970, 412 (413); ders. Grundfragen, S. 116.

103) Schenke, DöV 1977, 27 (29, 31).

104) Quaritsch, Parlamentsgesetz, S. 7 ff.

105) Böckenförde/Grawert, AöR 95 (1970), 1 (27); Löhning, Vorbehalt im Schulverhältnis, S. 15.

106) Der Begriff stammt von Thoma in: Festgabe für Otto Mayer, S. 165 (180, 186).

gar Einzeleingriffe blieben der Exekutive aus der Sicht allein des Art. 80 GG möglich.¹⁰⁷

Art. 80 GG enthält somit Hinweise auf einen Totalvorbehalt, doch bleibt offen, ob dieser nicht doch irgendwelche Einschränkungen erfährt, z.B. auf dem Gebiet des Verfahrens zur Sachverhaltsermittlung. Art. 80 GG läßt zumindest die rechtslogische, theoretische Möglichkeit offen, daß der Exekutive ein Bereich originärer Rechtssetzungsgewalt zusteht, in dem sie zur Rechtssetzung nicht erst ermächtigt werden muß, sondern bereits - kraft der verfassungsrechtlichen Ordnung - ermächtigt ist. Die Rechtssetzung aufgrund originärer Befugnis der Exekutive würde dann keine Umgehung des Art. 80 GG darstellen. Art. 80 GG spricht insofern nicht mit letzter Deutlichkeit aus, in welchen Fällen eine Rechtsverordnung erforderlich ist.¹⁰⁸

Auch aus der Zusammenschau des Art. 80 Abs. 2 GG mit den speziellen Gesetzesvorbehalten ergibt sich keine endgültig klare Abgrenzung des Vorbehaltsbereiches im Sinne eines Totalvorbehalts. Es bleibt z.B. offen, ob die Exekutive etwa im Rahmen ihrer Organisationsgewalt originär Recht setzen kann.¹⁰⁹

Die Aussage des Art. 80 GG ist weniger umfassend. Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG stellt lediglich heraus, daß eine Rechtsetzungsermächtigung zugunsten der Exekutive überhaupt möglich ist. Die Übertragung rechtsetzender

107) Selmer, JuS 1968, 489 (494); Schwan, Zuständigkeitsregelung, S. 70.

108) Vgl. Vogel, VVDStRL 24 (1966), 125 (163 ff.); Ossenbühl, VVen und GG, S. 502 ff., 510.

109) Groß, DöV 1971, 186 (188); vgl. auch Böckenförde/Grawert, AöR 95 (1970), 1 (27); a.A.: Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 175 ff.; Rupp, Grundfragen, S. 115 ff., 134; Erichsen in Festschrift für Hans J. Wolff, S. 245.

Gewalt von der Legislative auf die Exekutive wird in Abs. 1 Satz 2 aber nur beschränkt zugelassen.¹¹⁰

Soweit der Vorbehalt des Gesetzes reicht, so könnte man ergänzen, wird eine Außenrechtsetzungsermächtigung für die Exekutive als möglich angesehen, aber dem Parlament werden Schranken für diese Ermächtigung gezogen.¹¹¹

Diese Schranken gelten dann aber im gesamten Vorbehaltsbereich. Art. 80 GG differenziert nicht weiter, etwa nach Verwaltungstätigkeiten. Soweit sich herausstellt, daß der Vorbehalt des Gesetzes das Verfahren mitumschließt, kann die Exekutive vom Parlament nur nach Maßgabe des Art. 80 GG zur Rechtsetzung ermächtigt werden.¹¹²

Ungeklärt ist auch die Frage nach dem zentralen Begriff für den Anwendungsbereich des Art. 80 GG, dem Begriff der Rechtsverordnung.¹¹³ Aus Art. 80 GG allein läßt sich der Verordnungsbegriff bzw. der Rechtssatzbegriff nicht entnehmen. Ob man die Rechtsverordnung als "jede generelle und abstrakte Anordnung der Exekutive mit Außenwirkung" definieren kann, ist zweifelhaft.¹¹⁴

110) Zoller, Bedeutung des Art. 80 GG, S. 66.

111) Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 95; Vogel, VVDStRL 24 (1966), 125 (163 ff.).

112) Zoller, Bedeutung des Art. 80 GG, S. 73; Schwan, Zuständigkeitsregelung, S. 86 ff.; Scheffler, DöV 1980, 236 (237, Fußn. 18).

113) Selmer, JuS 1976, 489 (494).

114) Zoller, Die Bedeutung des Art. 80 GG, S. 73, entnimmt Art. 80 i.V.m. Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG die Definition der Rechtssatzverordnung als "jede generelle und abstrakte Anordnung der Exekutive, die sich an einen Adressaten wendet, der mit der erlassenen Stelle nicht identisch ist, um dessen Rechtssphäre zu gestalten."

Bis heute ist nicht geklärt, worin die Allgemeinheit des Rechtssatzes zu sehen ist, und ob diese Allgemeinheit überhaupt notwendig ist für den Begriff des Rechtssatzes.¹¹⁵ Der Umfang des Geltungsbereiches des Art. 80 GG und damit der darin enthaltenen Rechtssatzermächtigung muß also erst geklärt werden. Ohne diese Klärung ist es nicht möglich, schon aus Art. 80 GG einen Totalvorbehalt ableiten zu wollen, da man die Grenzen des - möglicherweise vom Vorbehalt total umspannten - Gesetzesbereichs selbst nicht kennt.

Dem Grundsatz nach läßt sich dem Art. 80 GG ein Totalvorbehalt entnehmen. Die verbleibenden Zweifel über den genauen Anwendungsbereich und die daraus ableitbare Grenzziehung zwischen Rechtsverordnung und VV mit möglicher Außenwirkung sollen nun anhand weiterer, dem Grundgesetz zu entnehmender Anhaltspunkte ausgeräumt werden.

g) Die Ableitung des Vorbehalts des Gesetzes aus dem Rechtsstaatsprinzip (Rechtsstaatsvorbehalt)

aa) Das allgemeine Rechtsstaatsprinzip

Erscheinen die genannten Staatsstrukturbestimmungen nicht geeignet, einen umfassenden Gesetzesvorbehalt greifbar zu machen, könnte er sich doch möglicherweise aus dem Rechtsstaatsprinzip ableiten lassen. So wird behauptet, die Zulassung eines irgendwie gearteten

115) Darauf macht Krebs, Vorbehalt, S. 107 ff. aufmerksam; dort m.w.N.

originären Rechtsetzungsrechts der Exekutive im Außenverhältnis bedeute das Ende des Rechtsstaats.¹¹⁶

Das Rechtsstaatsprinzip fordere, daß die Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Bürger durch allgemeine Gesetze geregelt werden,¹¹⁷ denn das rechtsstaatliche Verlangen nach Gleichheit und Einheitlichkeit werde am ehesten durch das Gesetz befriedigt.¹¹⁸

Demokratieprinzip und Rechtsstaatsprinzip werden auch dahingehend als sich gegenseitig ergänzend angesehen, als daraus ein umfassender Gesetzesvorbehalt gefolgert wird.¹¹⁹ Aus dem Gesetzmäßigkeitsgrundsatz als Element des Rechtsstaatsprinzip wird hierbei geschlossen, daß nur die Form des Gesetzes als Grundlage für die Verwaltungstätigkeit genügt; beliebige Beschlüsse genügen dieser Forderung nicht.¹²⁰

Aus rechtsstaatlichen und demokratischen Gründen leitet das Bundesverfassungsgericht hingegen seine Wesentlichkeitstheorie ab.¹²¹

Die unterschiedlichen Schlußfolgerungen dürften unter anderem daher rühren, daß der Begriff des Rechtsstaates als solcher nicht exakt faßbar ist. Allgemein gehaltene Definitionen des Rechtsstaates geben für die Lösung von Einzelproblemen wenig her.¹²²

116) Von der Heydte, VVDStRL 24 (1966), 217 ff., 224 (Diskussionsbeitrag); ihm folgend Schwan, Zuständigkeitsregelung, S. 86.

117) Maurer, Allg. VwR., S. 76.

118) Kirchhof, Stuw 1975, 357 (361).

119) So Zoller, Bedeutung des Art. 80 GG, S. 65 ff.

120) Zoller, ebd.

121) Daraus argumentiert das BVerfG durchgehend in den oben I.3., zitierten Entscheidungen zur Wesentlichkeitsrechtsprechung.

122) Vgl. die Zusammenstellung verschiedener Definitionen bei Stern, Staatsrecht I. S. 616 ff.; Stern selbst definiert die Rechtsstaatlichkeit als "Ausübung staatlicher Macht auf der Grundlage von verfassungsmäßig erlassenen Gesetzen mit dem Ziel der Gewährleistung von Freiheit, Gerechtigkeit und Rechtssicherheit," a.a.O., S. 615.

Eher greifbar wird der Rechtsstaatsgedanke, wenn man einzelne seiner Elemente herausstellt. So wird das Rechtsstaatsprinzip dahingehend verstanden, daß es Bestimmtheit, Überschaubarkeit, Publizität und Voraussehbarkeit staatlicher Maßnahmen fordere.¹²³ Aber ein selbständiges Verordnungsrecht der Exekutive wäre mit diesem rechtsstaatlichen Anliegen noch vereinbar, wenn diese Verordnung nur publiziert würde und Außenrechtswirkung hätte.¹²⁴

Die Definition des Rechtsstaates, seine Ausprägung in verschiedenen Elementen müßte nun auch erst wieder anhand des Grundgesetzes nachgewiesen werden, will man nicht in die erwähnte Gefahr von Zirkelschlüssen kommen, die Gefahr in das Rechtsstaatsprinzip etwas hineinzulesen.¹²⁵ Statt dessen soll hier versucht werden, das Rechtsstaatsprinzip aus positiven Verfassungsbestimmungen heraus zu konkretisieren.

Ausdrücklich erwähnt wird das Rechtsstaatsprinzip nur in Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG. Als Leitidee des Grundgesetzes ergibt es sich aber auch "aus einer Zusammenschau der Bestimmungen des Art. 20 Abs. 3 GG, über die Bindung der Einzelgewalten, und der Art. 1 Abs. 3, 19 Abs. 4, 28 Abs. 1 Satz 1 GG sowie der Gesamtkonzeption des Grundgesetzes."¹²⁶ In jüngeren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts wird das Rechtsstaatsprinzip vor allem als in Art. 20 Abs. 3 GG verortet gesehen.¹²⁷

123) Kirchhof, Stuw 1975, 357 (360) m.w.N. zu den einzelnen Elementen.

124) Pietzcker, JuS 1979, 710 (714).

125) Diese Nachweisung aus dem GG scheint für einige Elemente des Rechtsstaats gelungen; vgl. Stern, Staatsrecht I, S. 620 ff. m.w.N.

126) So BVerfG v. 01.07.53, E 2, 380 (403); v. 26.02.69, E 25, 269 (290); v. 25.07.79, E 52, 131 (144).

127) BVerfG v. 08.05.73, E 25, 41 (47); v. 22.01.75, E 39, 128 (143).

bb) Die Ausprägung in Art. 19 Abs. 4 GG

Für die Lösung des Vorbehaltsproblems ist nun zu bedenken, daß es letztlich um den Rechtsschutz des Bürgers geht.¹²⁸ Die spezielle Konkretisierung des Rechtsstaatsgedanken in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG, der Rechtsschutzauftrag und die Rechtsschutzbefugnis der Judikative wird also in den Mittelpunkt der Überlegungen zu stellen sein.¹²⁹ Der Vorbehalt des Gesetzes ist in einer Weise zu bestimmen, die den rechtsstaatlichen Prinzipien gerade auch des Art. 19 Abs. 4 GG entspricht.¹³⁰

Achterberg hat dem Rechtsstaatsprinzip in seiner Ausformung durch die umfassende Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG einen umfassenden Gesetzesvorbehalt entnommen.¹³¹

Dem ist zuzustimmen. Ein umfassender, effektiver Rechtsschutz setzt Maßstäbe voraus, an denen die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandeln gemessen werden kann. Diese können aber, soll die Kontrolle wirklich effektiv sein, nicht von der zu kontrollierenden Verwaltung selbst gesetzt sein und natürlich auch nicht von der kontrollierenden Judikative.¹³²

Diese Forderung sieht auch das Bundesverfassungsgericht in Art. 19 Abs. 4 GG impliziert: "Der durch diese Vorschrift den Gerichten erteilte Rechtsschutzauftrag kann nur dann verwirklicht werden, wenn die Anwendung der

128) Hesse, Verfassungsrecht, S. 268.

129) Zimmer, Gewaltenteilung, S. 359; Herzog, VVDStRL 24 (1966), 183 (192); Selmer, JuS 1968, 489 (495).

130) Obermayer, DVBl 1959, 3 (358).

131) Funktionslehre, S. 207; ders. Allg. VwR, S. 266 ff.; ders. DöV 1973, 289 (295).

132) Achterberg, ebd; Lörche, Schulrecht und Gesetzesvorbehalt, S. 31.

Norm durch die in die Rechtssphäre des Staatsbürgers eingreifende Exekutive von den Gerichten nachprüfbar ist."¹³³ "Eine gerichtliche Kontrolle ist nur möglich, wenn den Gerichten vollzugsfähige Rechtsmaßstäbe an die Hand gegeben werden, nach denen sie entscheiden sollen."¹³⁴

Diese Maßstäbe kann aber - und das ist entscheidend - die Exekutive nicht selbst setzen. Würde die Exekutive selbst Normen setzen, wäre ihr Handeln inhaltlich nur am Maßstab der Verfassung kontrollierbar. Nur in Einzelfällen wird man einen unmittelbaren Verfassungsvollzug der Exekutive als zulässig ansehen können. In aller Regel wird aber die Verfassung nur einen viel zu groben Maßstab bieten, um die Verwaltung wirklich effektiv kontrollieren zu können. Gerade die Grundrechte lassen dem Verwaltungshandeln doch einen sehr weiten Spielraum, innerhalb dessen eine wirkliche Kontrolle in vielen Fällen nicht möglich ist. Nicht umsonst verlangt daher das Grundgesetz immer wieder eine nähere Konkretisierung durch den Gesetzgeber in Bestimmungen, die als solche der Verwaltung einen zu weiten, nicht näher kontrollierbaren Spielraum lassen würden.¹³⁵

Die Verwaltung darf deshalb nicht im unmittelbaren Verfassungsvollzug der Gesetzgebung vorgreifen oder diese ersetzen.¹³⁶ Gerade Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG

133) BVerfG v. 12.11.58, E 8, 274 (326); v. 10.10.61, E 13, 153.

134) BVerfG v. 12.06.79, E 52, 1 (41).

135) Vgl. die oben b), in den Fußn. 25, 28 angegebenen Bestimmungen.

136) Ossenbühl, VVen und GG, S. 240; ders. AöR 92 (1967), 1 (30).

will die Rechtsweggarantie für alle subjektiv öffentlichen Rechte eröffnen, nicht nur für die Grundrechte. Dies ergibt sich schon aus der zu den Absätzen 1 bis 3 unterschiedlichen Formulierung.¹³⁷ Die Verwaltung soll also nicht nur am Maßstab der Grundrechte kontrolliert werden, ob sie Grundrechte des Einzelnen verletzt hat, sondern auch an dem Maßstab der Gesetze, ob sie die sich daraus ergebenden Rechte des Einzelnen verletzt hat. Rechtssätze mit Außenwirkung, die die Exekutive selbst gesetzt hat, sind untauglich als Maßstab, um die Exekutive zu kontrollieren. Die Verwaltung könnte sich insoweit unkontrolliert in dem sehr weiten Rahmen bewegen, der durch die Verfassung gezogen ist. Verfassungsnormen und gerade die Grundrechte sind einer intersubjektiv vermittelbaren Auslegung nur begrenzt zugänglich. Sie sind daher in besonderem Maße auf eine Konkretisierung angewiesen.¹³⁸ Eine weitere Schranke ergäbe sich allenfalls aus Art. 3 GG. Die so bewirkte Rechtsbindung reicht aber bei weitem nicht aus, um dem durch Art. 19 Abs. 4 GG konkretisierten Rechtsstaatsgebot zu genügen.¹³⁹

Das Rechtsstaatsprinzip enthält insoweit das Gebot eines umfassenden Rechtsschutzes,¹⁴⁰ der Einzelfall soll nicht nur auf Rechtsverletzung des Art. 3 GG durch die Gerichte geprüft werden. Soweit das Grundgesetz aber nicht konkret genug in seinen Bestimmungen

137) M.-D.-H., GG, Rdnr. 34 zu Art. 19; v. Mangoldt/Klein, GG, Anm. VII 3b zu Art. 19, S. 572.

138) Krebs, Jura 1979, 304 (309).

139) Schwan, Zuständigkeitsregelung, S. 115.

140) BVerfG v. 15.12.70, E 30, 1 (25); v. 12.11.58, E 8, 274 (326); BGH v. 21.09.53, BGHZ 10, 295 (297).

ist, was häufig der Fall sein dürfte, und einschlägige Gesetze fehlen, bleibt für das Gericht nur die Überprüfung anhand des Art. 3 GG.¹⁴¹

Nur der Gesetzgeber kann also die Maßstäbe schaffen, an denen die Gerichte das Handeln der Verwaltung gegenüber dem Bürger¹⁴² zu beurteilen haben. Als absoluter Maßstab kann nur etwas dienen, das von außen an das zu Messende, die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandeln, herangeführt wird. Der aus rechtsstaatlichen Gründen gebotene Umfang des Vorbehalts des Gesetzes soll daher hier Rechtsstaatsvorbehalt genannt werden.

Dem könnte nun wieder entgegengehalten werden, daß wegen der funktionalen Einheit von Regierung und Mehrheitsfraktion¹⁴³ die Maßstäbe für das Handeln der Exekutive doch nicht wahrhaft von einer anderen Staatsfunktion geschaffen und von außen an ihr Handeln angelegt werden.

Dazu ist aber zu sagen, daß insoweit bei aller Verschränkung doch eine klare Zäsur zwischen Exekutive und Legislative auszumachen ist. Diese liegt für die hier interessierende Abgrenzung vor allem in dem Modus der Rechtserzeugung: soweit die Legislative Recht setzt, geschieht dies in dem aufwendigen Verfahren der Art. 76 ff. GG. Die Verwaltung hat das nicht einzuhalten. Unter dem Aspekt der Kontrollwirkung ist vor allem die Öffentlichkeit des Rechtsetzungsver-

141) Vgl. dazu etwa die Entscheidungen des BVerwG v. 16.05.57, E 5, 79 (81); v. 28.05.58, E 8, 4 (10); v. 25.06.64, E 19, 48 (55); v. 22.01.69, E 31, 212 (213); v. 26.04.79, E 58, 45 (47).

142) Dem "jemand" i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG.

143) Vgl. oben c); Frohn, Gesetzesbegriff, S. 67; Zimmer, Gewaltenteilung, S. 58.

fahrens der Legislative von Bedeutung. Die Öffentlichkeit der Auseinandersetzung und Entscheidungssuche bietet eben auch die größere Möglichkeit eines Ausgleichs widerstreitender Interessen.¹⁴⁴ Aus diesem Grunde läßt auch das Gesetzesinitiativrecht der Exekutive den für sie externen Charakter des dann gesetzten Rechts unberührt.

cc) Weitere verfassungsrechtliche Aspekte

Der Ableitung eines umfassenden Vorbehalts des Gesetzes aus Art. 19 Abs. 4 GG wird nun entgegengehalten, daß diese Bestimmung lediglich ein formelles, prozessuales Grundrecht begründe, das über das Aussehen des materiellen Rechts keine Aussage enthalte.¹⁴⁵

Art. 19 Abs. 4 GG ist freilich nur ein formelles Grundrecht,¹⁴⁶ er gewährt nicht selbständige materielle Rechte, aber er setzt die zu schützenden Rechte voraus.¹⁴⁷ Er setzt Rechte voraus, an denen das Verwaltungshandeln im obigen Sinne tatsächlich effektiv kontrolliert werden kann. Der umfassende Vorbehalt des Gesetzes ergibt sich auch nicht allein aus dem formellen Prinzip des Art. 19 Abs. 4 GG, sondern aus dem Rechtsstaatsprinzip. Der Vorbehalt des Gesetzes begründet als solcher keinerlei materiellen Rechte. Er ist ein aus dem Rechtsstaatsprinzip¹⁴⁸ in der Ausprägung durch Art. 19 Abs. 4 GG abzuleitendes Prinzip, das gerade für die formell-rechtliche Prüfung von Bedeutung ist, ob ein förmliches Gesetz erlassen werden soll oder ob die Aufstellung einer VV genügt.

144) BVerfG v. 28.10.75, E 40, 237 (249); Schenke, DöV 1977, 27 (30).

145) Schwan, Zuständigkeitsregelung, S. 64.

146) M.-D.-H., GG, Rdnr. 2, 9 zu Art. 19 IV GG.

147) BVerfG v. 02.02.63, E 15, 275 (281).

148) Das auch eine materielle Komponente hat; Mertens, Selbstbindung, S. 73; M.-D.-H., GG, Rdnr. 17 zu Art. 20.

Auch darf die formale Bestimmung des Art. 19 Abs. 4 GG nicht leerlaufen,¹⁴⁹ nur weil die notwendigen materiellen Maßstäbe fehlen.¹⁵⁰ Dies würde Grundsätzen der Verfassungsinterpretation zuwiderlaufen. Die Verfassung will aktualisiert werden. Daher ist der Auslegung der Vorzug zu geben, die der Verfassungsbestimmung zu optimaler Wirkkraft verhilft.¹⁵¹

Damit die Forderung des Art. 19 Abs. 4 GG nach einem umfassenden Rechtsschutz optimal durchgesetzt werden kann, ist sie dahin auszulegen, daß sie einen umfassenden Vorbehalt des Gesetzes postuliert, damit eine effektive Kontrolle der Verwaltung anhand extern gesetzter Maßstäbe möglich ist und nicht nur anhand der notwendig abstrakten Verfassung, speziell des Art. 3 GG. Art. 19 IV GG hat daher sehr wohl die Kraft, die Setzung von Maßstäben durch die Legislative zu erzwingen, um sein eigenes Leerlaufen zu verhindern.

Dem entspricht auch die historische Verfassungsinterpretation. Art. 101 des Entwurfs von Herrenchiemsee (HChE) lautet: "Jede Ausübung der Staatsgewalt bedarf der Grundlage im Gesetz. Rechte und Pflichten der Bürger können nur durch Gesetze begründet werden." Art. 101 des Entwurfs wurde im allgemeinen Redaktionsausschuß wieder gestrichen, aber nicht etwa, weil der Exekutive ein originäres Rechtsetzungsrecht im Außenverhältnis zuerkannt werden sollte, sondern weil man diesen Satz als selbstverständlich und im übrigen in Art. 20 Abs. 3 und 21 des Entwurfs mit-enthalten ansah. Diese Bestimmungen wurden zu Art. 20

149) Achterberg, Funktionenlehre, S. 208.

150) a.A.: Schwan, Zuständigkeitsregelung, S. 65.

151) Hesse, Verfassungsrecht, S. 28.

GG zusammengefaßt,¹⁵² in dem man heute das Rechtsstaatsprinzip verankert sieht.¹⁵³

Auch die Entwicklungsgeschichte des Grundgesetzes deutet somit darauf hin, daß unter der Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht eine Bindung im Sinne eines umfassenden Vorbehalts des Gesetzes zu verstehen ist.

Die Formulierung des Art. 101 des Entwurfs von Herrenchiemsee macht darüber hinaus schon in Ansätzen deutlich, wie "umfassend" dieser Vorbehalt des Gesetzes auszusehen hat: er betrifft alle Rechte und Pflichten der Bürger. Und genau darüber wird ja auch auf den "Rechtswegen" des Art. 19 Abs. 4 GG gestritten. Die Rechte und Pflichten des Bürgers sind es, die im Sinne eines "umfassenden" Vorbehalts des Gesetzes normiert werden sollen, um dann einer effektiven Kontrolle zugänglich zu sein.

Ein weiteres, ergänzendes Argument für diese Interpretation des Art. 19 Abs. 4 GG läßt sich aus Art. 97 Abs. 1 GG entnehmen. Nach Art. 97 Abs. 1 GG sind die Richter "unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen." Dies schließt eine Bindung an VVen gerade aus.¹⁵⁴

Der Richter ist zwar auch an Verordnungs- und Gewohnheitsrecht gebunden, ohne daß dies Art. 97 Abs. 1 GG ausdrücklich erwähnt. Aber diese Bindungswirkung haben Rechtsverordnungen nur, weil und soweit sie sich auf das ihnen zugrundeliegende Gesetz zurückführen lassen.

152) Vgl. dazu Zoller, Bedeutung des Art. 80 GG, S. 54 ff.; Schwan, Zuständigkeitsregelung, S. 84; Klein, FS für Forsthoff, S. 170.

153) Vgl. die oben zitierten Entscheidungen des BVerfG v. 08.05.73, E 35, 41 (47) und vom 21.01.75, E 39, 128 (143).

154) Model/Müller, GG, Anm. zu Art. 97, S. 541.

Es handelt sich damit also auch nur um eine Bindung an das Gesetz. Ähnliches gilt für das Gewohnheitsrecht, das zwar im Sinne von Art. 20 Abs. 3 GG ("Gesetz und Recht") für die rechtsprechende Gewalt verbindliches Recht enthält, das aber nicht in Widerspruch zu ranghöherem oder ranggleichem geschriebenen Recht treten darf.¹⁵⁵

Eine Ausdehnung des Begriffs "Gesetz" i.S.d. Art. 97 Abs. 1 GG auf VVen kommt dagegen nicht in Betracht, da der Richter durch VVen im Verhältnis zu den Trägern nichtrichterlicher Gewalt¹⁵⁶ andernfalls Weisungen unterworfen werden könnte. Dies aber soll Art. 97 Abs. 1 GG gerade verhindern.¹⁵⁷ So ist es durchaus als Einflußnahme der Exekutive auf den Richter¹⁵⁸ anzusehen, wenn sie ihm durch VVen außerhalb des Gesetzes vorschreiben will, welche Rechte und Pflichten dem Einzelnen zuzusprechen seien, bzw. wie ein bestimmtes Gesetz auszulegen sei.

Damit kann festgehalten werden: "die Legislative schafft die Maßstäbe, nach denen die Exekutive vorzugehen hat"¹⁵⁹ und nach denen die Judikative das Handeln der Exekutive zu beurteilen hat.

155) Hesse, Verfassungsrecht, S. 194.

156) BVerfG v. 17.01.61, E 12, 67 (71).

157) BVerfG v. 09.05.62, E 14, 56 (69); v. 08.06.71, E 31, 137 (140) m.w.N.; v. 27.11.73, E 36, 174, (185); Maunz, Staatsrecht, S. 281.

158) Leibholz, Rinck, Hesselberger, GG, Art. 97, vor Rdnr. 1.

159) Zu diesem Ergebnis kommt auch Zoller, Bedeutung des Art. 80 GG, S. 125, wenngleich über Art. 20 Abs. 2 Satz 1 und 80 GG; ebenso Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 86.

Es geht eben immer wieder um Maßstäbe, die das Gericht braucht, um über die Rechtmäßigkeit des Verhaltens der Behörde entscheiden zu können. So will das BVerfG in seiner Entscheidung vom 28.10.75¹⁶⁰ zwar den VVen selbst Außenwirkung zuerkennen, sucht aber doch nach Möglichkeiten im Gesetz, um die VVen an Vorbildern¹⁶¹ überhaupt einer Prüfung unterziehen zu können.

Diese Maßstäbe beziehen sich in erster Linie auf das Verhältnis Bürger - Staat,¹⁶² können sich aber auch auf das Verhältnis juristischer Personen des privaten oder öffentlichen Rechts zum Staat beziehen, soweit sie unter den Begriff "jemand" in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG subsumiert werden können, wie etwa die Länder in ihrem Verhältnis zum Bund.¹⁶³

dd) Die Verpflichtung des Gesetzgebers

Im Vordergrund steht aber die Begründung von Rechten und Pflichten der Einzelpersonen untereinander und im Verhältnis zu den Trägern öffentlicher Gewalt.¹⁶⁴ So stellt schon Jellinek fest, daß "Veränderungen des Rechtszustandes der Untertanen nur kraft eines formellen Gesetzes stattfinden dürfen."¹⁶⁵ VVen können dagegen für den einzelnen Bürger keine Rechte und Pflichten schaffen,¹⁶⁶ da diese sonst nicht effektiv von den Gerichten kontrolliert werden können.

160) BVerfGE 40, 237.

161) In diesem Fall am Vorbild anderer Prozeßordnungen.

162) Zoller, Bedeutung des Art. 80 GG, S. 150.

163) Vgl. dazu M.-D.-H., GG, Rdnr. 16 zu Art. 19; Obermayer, VA und innerdienstlicher Rechtsakt, S. 41.

164) Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 85.

165) Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 255.

166) So im Ergebnis auch das BVerfG v. 29.09.78, BStBl 1978 II, S. 616.

Die Verwaltung kann und darf diese Maßstäbe nicht aufstellen, dies kann und darf nur der Gesetzgeber. Er muß die Tätigkeit der Verwaltung auch inhaltlich normieren.¹⁶⁷ Das Parlament darf auf sein "Erstgeburtsrecht" bei der Setzung dieser Maßstäbe nicht verzichten,¹⁶⁸ es darf sich seiner Verantwortung als gesetzgebende Körperschaft nicht entziehen.¹⁶⁹

Mit dem Vorbehalt des Gesetzes ist dem Gesetzgeber gleichzeitig die Aufgabe zugewiesen, die ihm vorbehaltenen Gesetze zu erlassen. Ein Gesetzgebungsauftrag ergibt sich damit nicht nur aus ausdrücklichen Bestimmungen, wie etwa Art. 6 Abs. 5 oder Art. 98 Abs. 1 und 3 GG,¹⁷⁰ sondern auch aus dem Vorbehalt des Gesetzes.¹⁷¹ So hat das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber auch wiederholt Fristen gesetzt, um bestimmte, ihm vorbehaltene Gesetze zu erlassen.¹⁷²

Die Verfassung fordert, daß jeder Funktionsträger die ihm gestellten Aufgaben auch wirklich wahrnimmt, sie fordert ihre eigene Aktualisierung.¹⁷³ Etwas anderes würde auch das Rechtsstaatsprinzip nicht zulassen, das eben durch Verrechtlichung den Bürger vor Machtmißbrauch und Willkür schützen will.¹⁷⁴ Lücken im Rechtsstaat gehen gerade auf mangelnde Ausformung des materiellen Rechts zurück.¹⁷⁵

167) BVerfG v. 12.06.79, E 52, 1 (41).

168) Bachof, VVDStRL 24 (1966), 225 (Diskussionsbeitrag); ihm folgend Ossenbühl, VVen und GG, S. 240.

169) BVerfG v. 27.01.76, E 41, 251 (265) = NJW 76, 1309 (1310); Herzog, VVDStRL 24, (1966), 183 (193).

170) Vgl. oben b), Fußn. 28.

171) Vgl. Rupp, Grundfragen, S. 117, Fußn. 31.

172) Vgl. z.B. BVerfG v. 14.03.73, E 33, 1 (13) = NJW 1972, 811 (812).

173) Hesse, Verfassungsrecht, S. 28.

174) Schwan, Zuständigkeitsregelung, S. 110; er schreibt dem Verrechtlichungsgebot sogar umgekehrt die Kraft zu, wie ein Vorbehalt des Gesetzes zu wirken.

175) Menger, Verwaltungsrichtlinien, S. 314.

Man muß sich also im klaren darüber sein, daß bereits das Unterlassen eines im Vorbehaltsbereich notwendigen Gesetzeserlasses verfassungswidrig ist. Entsprechend löst sich der Konflikt, den Krebs¹⁷⁶ darin sieht, daß Regelungslücken entstehen können, wenn der Vorbehalt des Gesetzes nicht den gesamten Außenrechtsbereich erfaßt: der Bereich, den die Verwaltung wegen ihrer - etwa aus Art. 80 GG hergeleiteten - beschränkten Rechtssetzungskompetenz nicht regeln darf, der Gesetzgeber aber nicht regeln muß. Folgt man der hier vorgestellten Konzeption, ergibt sich eine einheitliche Trennungslinie: wo allein der Gesetzgeber Maßstäbe für die gerichtliche Beurteilung von Verwaltungshandeln setzen darf, muß er dies auch tun. Er hat insoweit das Recht, aber auch die Pflicht, die Verfassung zu konkretisieren.¹⁷⁷ Im einzelnen soll dies später¹⁷⁸ noch untersucht werden.

ee) Stellungnahme zu den erwähnten Gegenmeinungen

Von diesem Standpunkt aus kann nun auch versucht werden, den oben¹⁷⁹ erörterten Gesichtspunkten zum Umfang des Vorbehalts des Gesetzes ihren Platz zuzuweisen.

Der Eingriffsvorbehalt im traditionellen Sinn kann auch aus dieser Sicht als im Wesentlichen zu eng erkannt werden. Die Verwaltung kann unter der Geltung des Art. 19 Abs. 4 GG auch für Leistungen, die sie dem Bürger erbringt, die Maßstäbe nicht selber setzen, an denen sie von den Gerichten gemessen werden will.

176) VerwA 70 (1979), 259 (265)

177) Zur Frage nach der Konkretisierungskompetenz, Krebs, Vorbehalt, S. 113; ders., Jura 1979, 304 (309).

178) Unten 2.; vgl. auch unten IV.1.

179) Oben a) bis f).

Art. 19 Abs. 4 GG schließt die Möglichkeit einer Vornahmeklage ein, wenn der Bürger durch negatives Verhalten der Behörde in seinen Rechten verletzt ist.¹⁸⁰ Er ist seinem Wortlaut nach nicht auf die Eingriffsverwaltung beschränkt,¹⁸¹ sondern enthält das Gebot umfassenden Rechtsschutzes. Ein Rechtsanspruch auf eine Leistung kann die Verwaltung selbst aber nicht in der Weise gewähren, daß im Streitfalle eine echte Überprüfung einer Rechtsverletzung erfolgen könnte.

Gerade hier würde eine gerichtliche Überprüfung dann nur an Art. 3 GG erfolgen können, nämlich ob die Verwaltung den zu prüfenden Fall nicht ungleich behandelt hat. Dies könnte zwar am "Maßstab" der VVen gemessen werden, aber diese selbst wären in der Regel überhaupt nicht überprüfbar, da das Grundgesetz für staatliche Leistungen keine justitiablen Maßstäbe aufstellt. Auch die Zweckbestimmungen des Haushaltsplans können dem nicht genügen. Der Haushaltsplan will gerade keine Rechte für den Bürger erzeugen, auf die er sich vor Gericht berufen kann. Außerdem gilt insoweit das Bepackungsverbot.¹⁸²

Auch eine Beschränkung auf das allgemeine Gewaltverhältnis ist nicht erkennbar. Soweit im "besonderen Gewaltverhältnis" das Handeln der Verwaltung überprüft werden soll, müssen auch dafür Maßstäbe vorhanden sein, die genauer sind als die Verfassung. Daß im "besonderen Gewaltverhältnis" eine rechtliche Überprüfung ebenfalls nötig sein kann, wurde bereits oben¹⁸³ dargelegt. Auch das besondere Gewaltverhält-

180) v. Mangoldt/Klein, GG I, Anm. VII 4 zu Art. 19.

181) Achterberg, Funktionenlehre, S. 207.

182) Art. 110 Abs. 4 GG

183) Oben a).

nis ist ein Rechtsverhältnis, und die Verwaltung unterliegt hier der Grundrechtsbindung. Art. 1 Abs. 3 GG macht insofern keine Ausnahme. Die Konkretisierungskompetenz für die Grundrechte liegt aber beim Gesetzgeber.

Die Grenze, die das Rechtsstaatsgebot dem Vorbehalt des Gesetzes zieht, läßt ihm mehr Raum als die auf der Lehre vom Eingriffsvorbehalt beruhenden Grenzen. Nur im Eingriffsbereich im allgemeinen Gewaltverhältnis decken sich die Grenzen. Als umfassende gültige Grenze ist für die zu untersuchenden Abgrenzungsprobleme also nur die Grenze aufgrund des Rechtsstaatsgebots in die Überlegungen einzubeziehen. Die Grenzen, die der Eingriffsvorbehalt zieht, brauchen nicht weiter beachtet zu werden.

Der rechtsstaatlich gebotene Vorbehalt des Gesetzes, der Rechtsstaatsvorbehalt, ist auch weiter als die Spezialvorbehalte des Grundgesetzes. Dem Gesetzgeber ist es insoweit eben auch vorbehalten, Rechte außerhalb der Grundrechte zu gewähren. Nur er kann im Grundgesetz nicht normierte Leistungsansprüche gesetzlich einräumen, deren Gewährung nur so auch effektiv von den Gerichten kontrolliert werden kann. Von besonderem Interesse sind hier Verfahrensrechte, die vom Grundgesetz nicht eingeräumt werden.

Der Vorbehalt des Gesetzes gilt auf diesem Weg auch für Verfahrensregeln, die die rechtliche Stellung des Bürgers beeinflussen, indem sie Bestimmungen über Fristen, Formen und Ähnliches enthalten.¹⁸⁴

184) Zu diesem Ergebnis kommt auch Zoller, Bedeutung des Art. 80 GG, S. 129.

Der Bürger muß die Rechte gerichtlich effektiv durchsetzen können und sich gegen auferlegte Pflichten genauso wehren können. Gerade hier läßt sich jedoch allein anhand des Grundgesetzes nicht entscheiden, ob eine Rechtsverletzung vorliegt. Der nur relative Maßstab des Art. 3 GG wurde als unzureichend erkannt. Im übrigen kann hier nur der Gesetzgeber die Rechte und Pflichten des Einzelnen regeln. Das Grundgesetz stellt ihm frei, ob er das gerichtliche Verfahren strenger reglementieren will, oder ob er schon im Verwaltungsverfahren eine sehr detaillierte Sachverhaltsermittlung fordert.

Soweit dem Gesetzgeber die Ausgestaltung bestimmter Materien zugewiesen ist oder ihm Gesetzgebungsaufträge erteilt sind,¹⁸⁵ deckt sich diese Grenze des Vorbehalts des Gesetzes mit der rechtsstaatlich gebotenen. Das Grundgesetz bestätigt mit diesen Vorschriften nur noch einmal explizit den bereits in ihm enthaltenen Rechtsstaatsvorbehalt. Die Bestimmungen sind gleichsam Warnschilder für den Gesetzgeber, der darauf hingewiesen werden soll, daß er die ihm vorbehaltenen Regelungen auch erlassen muß, da diese Materien nicht allein aus dem Grundgesetz justitiabel sind.

Auch die Gesetzesvorbehalte, die sich daraus ergeben, daß das Grundgesetz ein Bundesgesetz mit Zustimmung des Bundesrates fordert, werden vom Rechtsstaatsvorbehalt mitumfaßt, bzw. nur präzisiert, soweit ihnen ihr Umfang nicht ohne weiteres entnommen werden kann.¹⁸⁶

185) Vgl. oben b), Fußn. 25, 28.

186) Vgl. oben b), die Ausführungen zu Art. 84 GG.

Soweit Rechte der Länder in diesen Gesetzen konkretisiert oder überhaupt erst statuiert werden sollen,¹⁸⁷ werden diese Spezialvorbehalte auch vom Rechtsstaatsvorbehalt erfaßt, da dieser sich aus Art. 19 Abs. 4 GG ableitet und die Rechtsweggarantie auch für die Länder in ihrem Verhältnis zum Bund gilt.¹⁸⁸

Ein über den Rechtsstaatsvorbehalt überschießender Spezialvorbehalt ergibt sich allein bzgl. des Haushaltsrechts und gewisser Regelungen des Völkerrechts.¹⁸⁹ Hier liegen aber keine besonderen Abgrenzungsschwierigkeiten, so daß diese Ausweitung der Grenzen zu Gunsten des Vorbehalts des Gesetzes unberücksichtigt bleiben kann.

Auch insoweit bleibt also allein die Grenze des Rechtsstaatsvorbehalt von Interesse.

Der Gesichtspunkt des Gewaltenteilungsprinzips gehört mit zum Ausgangspunkt des Rechtsstaatsvorbehalts. Er erscheint aber jetzt in klarerem Licht. Art. 19 Abs. 4 GG läßt seine Konturen an der entscheidenden Stelle schärfer hervortreten. Die erste Gewalt hat die Maßstäbe zu schaffen, nach denen die zweite Gewalt vorzugehen hat und anhand derer sie von der dritten Gewalt überprüft werden kann.¹⁹⁰ Die Exekutive hat nach den Richtlinien des Gesetzgebers zu handeln, sie darf nicht an dessen Stelle entscheiden.¹⁹¹

Eine Maßstabsetzung durch die Exekutive selbst würde daher in der Tat auch das Gewaltenteilungsprinzip ver-

187) Vgl. oben b), Fußn. 32, z.B. Art. 87 c, d, 91a Abs. 2, 104a Abs. 3 Satz 3 GG.

188) Vgl. oben cc).

189) Vgl. oben b), Fußn. 29, 30.

190) Vgl. oben cc).

191) BVerfG v. 12.11.58, E 8, 274 (325).

letzen,¹⁹² sie würde dem im Grundgesetz zum Ausdruck kommenden Prinzip der "checks and balances" widersprechen, nach dem sich die verschiedenen Staatsfunktionen gegenseitig ergänzen und kontrollieren sollen.¹⁹³

In den durch den Vorrang des Gesetzes in Art. 20 Abs. 3 GG postulierten Vorbehalt des Gesetzes fügt sich der Rechtsstaatsvorbehalt widerspruchsfrei ein. Auch von daher kann diese Grenzziehung als gültig angesehen werden.

Der Rechtsstaatsvorbehalt bestätigt auch die herausgehobene Rolle des Parlaments, als dem Staatsorgan mit der unmittelbarsten (personellen) demokratischen Legitimation.¹⁹⁴ Art. 19 Abs. 4 GG ist aber erst der archimedische Punkt des Grundgesetzes, von dem aus sich dies mit Bestimmtheit sagen läßt.

Die Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts, die ja auch auf dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip aufbaut,¹⁹⁵ läßt sich nicht ohne weiteres mit dem Rechtsstaatsvorbehalt harmonisieren. Der Rechtsstaatsvorbehalt, wie er sich bislang darstellt, könnte dahin verstanden werden, daß dem Parlament auch die Setzung aller unwesentlichen Maßstäbe zukommt. Die Frage, ob dies richtig sein kann, soll aber einem eigenen Abschnitt vorbehalten bleiben.¹⁹⁶ Auch wenn das Ergebnis nicht das gleiche sein sollte, so wird man doch die Argumente der Wesentlichkeitstheorie zu beachten haben.

192) BVerfG v. 16.06.81, E 57, 295 (378).

193) BVerfG v. 18.12.53, E 3, 225 (247); v. 27.04.59, E 9, 268 (279); v. 10.10.72, E 34, 52 (59); Achterberg, Allg. VwR., S. 266 mw.N.

194) BVerfG v. 28.10.75, E 40, 237 (249); Schwan, Zuständigkeitsregelung, S. 53.

195) Vgl. oben I.3., Fußn. 39, angegebenen Zitate.

196) Unten 2. c).

In der Zusammenschau mit dem oben¹⁹⁷ zu Art. 80 GG Gesagten läßt sich der Rechtsstaatsvorbehalt nun noch genauer fassen. Im Bereich des Rechtsstaatsvorbehalts, also soweit den Gerichten Maßstäbe für die Beurteilung des Verwaltungshandeln gesetzt werden sollen, ist ausnahmsweise doch eine Setzung dieser Maßstäbe durch die Exekutive selbst möglich, aber das Parlament darf die Exekutive nur in den engen Schranken des Art. 80 GG zu dieser Rechtssetzung ermächtigen.¹⁹⁸

Auch der für das Verständnis des Art. 80 GG wesentliche Verordnungsbegriff sowie der Gesetzesbegriff werden nun deutlicher. Einzige notwendige Bedingung für das Vorliegen eines Gesetzes ist, daß es von der gesetzgebenden Körperschaft im Gesetzgebungsverfahren und in der Form des Gesetzes erlassen wurde.¹⁹⁹ Weitere Voraussetzungen müssen nach dem oben Gesagten nicht erfüllt sein. Daß ein Gesetz zum Maßstab für die Gerichte werden kann, beinhaltet nicht, daß es sich um eine abstrakt generelle Regelung handeln müßte,²⁰⁰ es kann auch zum Maßstab für einen konkreten Einzelfall dienen. Der Begriff des Maßstabes bedeutet nur, daß er von den Gerichten zur Feststellung einer Rechtsverletzung i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG herangezogen werden kann.

Ebenso konstituiert sich die Rechtsverordnung einzig aus der notwendigen Ermächtigung durch den Gesetzgeber und der Form des Art. 80, 82 GG. Weitere inhalt-

197) Oben f).

198) Vgl. oben f).

199) Hesse, Verfassungsrecht, S. 194

200) Vgl. zu diesem rechtstheoretischen Gesetzesbegriff oben I.2.

liche Anforderungen, etwa eine Regelung eines Eingriffs in Freiheit und Eigentum,²⁰¹ sind an die aus rechtsstaatlichen Gründen dem Gesetzgeber vorbehaltenen Gesetze sowie der Verordnungen, zu denen er die Verwaltung ermächtigt, nicht zu stellen. Solche inhaltlichen Anforderungen können sich allenfalls für bestimmte Fälle aus anderen Bestimmungen des Grundgesetzes ergeben. Dies führt zu einem formellen Gesetzesbegriff.²⁰² So stellt auch die Rechtsprechung im Ergebnis zu Recht zum Teil auf rein formale Abgrenzungskriterien ab.²⁰³

Umgekehrt muß aber die Form des Gesetzes bzw. der Rechtsverordnung eingehalten werden, wenn materiell eine Maßstabsetzung für den Richter gewollt ist. Denn nur in diesen Formen der Rechtssetzung ist gewährleistet, daß der Maßstab vom Gesetzgeber, also außerhalb der Verwaltung gesetzt wird bzw. der Gesetzgeber von der Ausnahmeregelung des Art. 80 GG zur Rechtssetzungsermächtigung Gebrauch gemacht hat.²⁰⁴

Nur der Gesetzgeber kann Maßstäbe aufstellen oder ausnahmsweise die Verwaltung zu ihrer Aufstellung ermächtigen, Maßstäbe für die Entscheidungen der Gerichte, d.h. mit Außenwirkung auch für die anderen Gewalten und somit auch für den Bürger. Damit ist man aber dem Zirkelschluß von der Außenwirkung auf den Gesetzescharakter und umgekehrt von dem Gesetzescharakter auf die Außenwirkung entflohen.²⁰⁵

201) Vgl. zu diesem traditionellen Gesetzesbegriff oben I.2.

202) Dies wird auch von Hesse, Verwaltungsrecht, S. 194, als ausreichend angesehen.

203) BVerwG v. 27.06.55, E 2, 163 (165); v. 25.06.64, E 19, 48 (57); weitere Nachweise bei Ossenbühl, AöR 92 (1967), 1 (7).

204) Das Problem ob auch einfache parlamentarische Beschlüsse solche Maßstäbe aufstellen können, ist für die vorliegende Fragestellung nicht relevant.

205) Ossenbühl, AöR 92 (1967), 1 (28); Zoller, Bedeutung des Art. 80 GG, S. 24.

Dieser Gesetzesbegriff berücksichtigt gleichzeitig das Anliegen derer, die den Gesetzesbegriff vom Rechtsschutzinteresse her definieren wollen.²⁰⁶

Die Rechtsschutzbedürftigkeit bietet keine zuverlässigen Abgrenzungspunkte für den Gesetzesbegriff.²⁰⁷ Nach der hier vertretenen Konzeption hat diese Abgrenzung gerade der Gesetzgeber selbst zu treffen, ist aber gleichzeitig verpflichtet, alle Rechte und Pflichten des Einzelnen zu konkretisieren, soweit sie das Grundgesetz dem Grunde nach festgeschrieben hat.

ff) Der Rechtsstaatsvorbehalt im Landesrecht

Die Untersuchung befaßte sich zunächst nur mit dem Bundesrecht, für das die grundgesetzlichen Bestimmungen unmittelbar gelten. Auf Länderebene gilt jedoch nichts anderes. Der Rechtsstaatsvorbehalt gilt in der dargestellten Form auch hier. Die Homogenitätsklausel des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG bestimmt: "Die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern muß den Grundsätzen des ... Rechtsstaats im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen." Art. 19 Abs. 4 GG steht zwar nicht unter dem Schutz des Art. 79 Abs. 3 GG,²⁰⁸ gehört aber dennoch zu den tragenden Verfassungsbestimmungen. Sie wird zum Teil als "Krönung des Rechtsstaats" bezeichnet.²⁰⁹ Sie prägt den Rechtsstaat i.S.d. Art. 28 Abs. 1 GG wesentlich mit und gehört daher zu den Grundsätzen des grundgesetzlichen Rechtsstaats.

206) Forsthoff, VwR, S. 134; Obermayer, Verwaltungsakt, S. 168, ff., 173 ff.; Krüger, Rechtsverordnung, S. 231.

207) So zutreffend Zoller, Bedeutung des Art. 80 GG, S. 28.

208) M.-D.-H., GG, Rdnr. 4 zu Art. 19 IV.

209) M.-D.-H., GG, Rdnr. 1 zu Art. 19 IV.

Damit gilt der aus dem Rechtsstaatsprinzip in seiner Ausformung durch Art. 19 Abs. 4 GG gewonnenen Rechtsstaatsvorbehalt aber auch in den Ländern. Entsprechend können die Ausnahmen von diesem Grundsatz nicht weiter sein, als es Art. 80 GG erlaubt. Das Landesverfassungsrecht kann aus dieser Ausnahme nicht die Erlaubnis zur Aufstellung anders gearteter Ausnahmen ableiten.²¹⁰ Die Länderverfassungen sind entsprechend grundgesetzkonform auszulegen.

Einige Landesverfassungen enthalten den Rechtsstaatsvorbehalt sogar noch deutlicher als das Grundgesetz. So bestimmt Art. 70 Abs. 1 der Bayerischen Verfassung: "Die für alle verbindlichen Gebote und Verbote bedürfen der Gesetzesform." Das heißt aber nichts anderes, als daß der Gesetzgeber in einem formellen Gesetz die Maßstäbe zu setzen hat für die richterliche Entscheidung darüber, ob dem Einzelnen etwas ge- oder verboten ist, welche Pflichten und Rechte er hat.²¹¹

Auch die Ausnahme des Art. 80 GG ist in einigen Länderverfassungen mehr oder weniger deutlich aufgenommen.²¹²

210) Rupp, NJW 1970, 412 (413); vgl. auch Schencke, DöV 1977, 27 (31).

211) Vgl. auch Art. 58 der Verfassung von Baden-Württemberg, Art. 32 der Niedersächsischen Verfassung, sowie Art. 45 der Berliner Verfassung.

212) Zum Teil wörtlich in Art. 61 der Verfassung von Baden-Württemberg, entsprechend in Art. 94 der Niedersächsischen Verfassung, etwas versteckt in Art. 55 Nr. 2 Satz 2 und 3 der Bayerischen Verfassung.

gg) Die Kritik am Rechtsstaatsvorbehalt

Diese Ausdehnung des Vorbehalts des Gesetzes sieht sich jedoch der Kritik ausgesetzt, daß er die Schwerfälligkeit des Staatsapparates beträchtlich erhöhe,²¹³ die Erfordernis der Flexibilität außer acht lasse²¹⁴ und den Gesetzgeber noch mehr überlaste.²¹⁵ So wird die Gefahr gesehen, daß z.B. jede Subvention unwiderruflich wird, wenn sie gesetzlich fixiert werden muß. Dies könnte unübersehbare Folgen für den Staatshaushalt haben. Auch ginge die erforderliche Beweglichkeit für Förderungsmaßnahmen verloren.²¹⁶

Dem kann aber zum einen das Beispiel der Länder entgegengehalten werden, die ausdrücklich einen ähnlich umfassenden Gesetzesvorbehalt vorsehen,²¹⁷ außerdem ist es fraglich, ob diesem Gesetzesvorbehalt wirklich nur eine "verhältnismäßig weit ins einzelne" gehende Regelung genügen kann.²¹⁸ Dies soll im nächsten Abschnitt untersucht werden.

213) BVerfG v. 06.05.58, E 8, 155 (168).

214) Kisker, NJW 1977, 1313 (1319).

215) Menger, Verwaltungsrichtlinien, S. 311.

216) Scheuner, DöV 1969, 585 (591).

217) So Schwan, Zuständigkeitsregelung, S. 116.

218) BVerfG v. 06.05.58, E 8, 155 (168).

2. Der Umfang der Konkretisierungspflicht auf dem Gebiet der Sachverhaltsermittlung

Das GG erteilt dem Gesetzgeber in vieler Hinsicht einen Gesetzgebungsauftrag, dessen Ableitung auch aus dem Rechtsstaatsprinzip oben dargelegt wurde.²¹⁹ Es wurde aufgezeigt, daß "mit der Etablierung umfassender justizieller Kontrolle synchron auch die durchgehende materielle Rechtsbestimmtheit"²²⁰ des Verhältnisses Staat - Bürger erforderlich ist.²²¹ Dennoch erscheint aufgrund der erwähnten Kritik²²² das Maß, in welchem das Gesetz (bzw. die Rechtsverordnung) einen Maßstab für die behördlichen und richterlichen Entscheidungen vorzugeben hat, fraglich.²²³ Dieses Maß soll gerade im Hinblick auf die Regelungen der Sachverhaltsermittlung aufgezeigt werden.

a) Die Konkretisierungen, die der Gesetzgeber vornehmen muß

Der Gesetzgeber hat die Grundrechte zu konkretisieren.²²⁴ Dazu halten ihn die speziellen Bestimmungen des Grundgesetzes an, "die eine nähere Bestimmung durch Gesetz fordern",²²⁵ aber eben auch und gerade Art. 19 Abs. 4 GG in der dargelegten Weise. Dazu gehört in vielen Fällen aber auch die gesetzliche Konkretisierung des Verfahrens, und zwar dann, wenn

219) Oben 1. g) dd).

220) Lorenz, Rechtsweggarantie, S. 18.

221) Schwan, Zuständigkeitsregelung, S. 64, 110 ff., sieht dagegen das Zugriffsrecht des Gesetzgebers im Lichte des allg. Rechtsstaatsprinzip erst mit einem gewissen Zeitablauf in eine Zugriffspflicht und damit in einen Gesetzgebungsauftrag umschlagen.

222) Oben 1. g) gg).

223) Giacometti, Allg. Lehren, S. 48.

224) BVerfG v. 09.04.75, E 39, 276 (295).

225) Siehe oben 1. b), Fußn. 28.

eine Grundrechtsverwirklichung und -sicherung nur durch Organisation und Verfahren möglich ist.²²⁶

Als prägnante Beispiele wären hier das Grundrecht auf Asyl, Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG²²⁷ und das Recht auf Kriegsdienstverweigerung, Art. 4 Abs. 3 Satz 1 GG, zu nennen.²²⁸ Damit ist aber nur die Tatsache festgelegt, daß der Gesetzgeber das Verfahren überhaupt gesetzlich zu konkretisieren hat. In welchem Ausmaß er gerade das behördliche Verfahren der Sachverhaltsermittlung zu reglementieren hat, ist damit nicht festgeschrieben. Eine gesetzliche Fixierung, die rechtsstaatlichen Erfordernissen genügt, ist u.U. auch dann gegeben, wenn das behördliche Verfahren nur sehr grob, sehr diffus²²⁹ geregelt ist, während das verwaltungsgerichtliche Verfahren sehr genau, sehr kompakt²³⁰ geregelt ist. Weiter ist eine Abhängigkeit vom materiellen Gesetz festzustellen: je mehr der Gesetzgeber in diesen Fällen unbestimmte Rechtsbegriffe gebraucht,²³¹ um so mehr bedarf es bestimmter geregelter Verfahren, in denen die Grundrechte konkretisiert werden.²³² Notwendig bleiben aber im Grundrechtsbereich in jedem Fall Normen, die die Befugnisse der Verwaltung ausreichend konkret umschreiben,²³³ um den konkreten Vorgang justitiabel zu machen.

226) Hesse, Verfassungsrecht, S. 143; Bethge, NJW 1982, S. 1 ff.; Hesse, EuRGZ 1978, 427 (434); Starck, JuS 1981, 237 (242); weiter differenzierend nach Verfahrensgrundrechten, verfahrensabhängigen Grundrechten, verfahrensbetroffenen Grundrechten und verfahrensgeprägten Grundrechten, Ossenbühl in Festschrift für Eichenberger, S. 188; ders., DöV 1981 1 (5).

227) Bethge, NJW 1982, S. 1 (5).

228) Hesse, Verfassungsrecht, S. 143; Ossenbühl in FS für Eichenberger, S. 185.

229) So die Bezeichnung bei Herzog, VVDStRL 24 (1966) 183 (192).

230) Herzog, VVDStRL 24 (1966), 183 (192).

231) Mit Ausnahme quantitativer Bestimmungen wohnt jedem Rechtsbegriff ein mehr oder minder großes Maß an Unbestimmtheit inne, vgl. Rupp, NJW 1969, 1273 (1274).

232) Starck, JuS 1981, 237 (242).

233) Barby, BB 1973, 366 (368).

Weiter hat der Gesetzgeber die Pflicht, gerade auch die sog. Verfahrensgrundrechte wie etwa Art. 103 Abs. 1 GG entsprechend zu konkretisieren, soweit sie für einzelne Verfahren oder Verfahrensabschnitte nicht schon aus sich heraus justitiabel sind. Darüber hinaus sind in diesem Zusammenhang vor allem die sog. staatstragenden Grundentscheidungen des GG, wie etwa das allgemeine Rechtsstaatsprinzip oder das Demokratieprinzip zu beachten. Diese sind in aller Regel nicht ohne weiteres justitiabel, sondern bedürfen gesetzlicher Ausformung.

Ihnen kommt gerade für das Verfahren besondere Bedeutung zu. So wird etwa der Untersuchungsgrundsatz, der jetzt auch de lege lata für das behördliche Verfahren gilt,²³⁴ als Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips, insbesondere des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verstanden,²³⁵ da nur dann, wenn der Sachverhalt umfassend bekannt ist, das Recht wirklich gesetzesmäßig darauf angewandt werden kann. Rechtsstaatlichkeit heißt, wie Bachof es formuliert: "zu einem ganz wesentlichen Teile: geordnetes, klares und übersichtliches, leicht zugängliches ... Verfahren."²³⁶ Um diesen Grundsatz aber effektiv werden zu lassen, bedarf es gesetzlicher Ausformung. Der Bürger könnte all diese Rechte, die vom Grundgesetz vorgesehen sind, nicht effektiv vor Gericht geltend machen, würde der Gesetzgeber sie nicht konkretisierend regeln, da, wie gezeigt, nur jener die konkreten Maßstäbe aufstellen kann.

234) § 24, Abs. 1, Satz 1 VwVfG; § 88, Abs. 1, Satz 1 AO.

235) Kopp, VwVfG, Rdnr. 1 zu § 24; ders., Verfassungsrecht, S. 72, 116 m.w.N.; Obermayer, VwVfG, Rdnr. 3 zu § 24.

236) Bachof, VVDStRL 12 (1954), 37 (76); so zitiert auch bei Kopp, BayVBl 1969, 272 (273).

Dies ist zunächst unabhängig davon zu fordern, daß Verfahrensrechte zum Teil nicht selbständig geltend gemacht werden können, sei es wegen mangelnden Rechtsschutzbedürfnisses,²³⁷ sei es wegen der positiv-rechtlichen Regelung des § 44a VwGO. Schon weil eine gerichtliche Geltendmachung der Verletzung von Verfahrensrechten nicht in jedem Fall ausgeschlossen ist, ist auch hier ein gesetzlicher Maßstab für die richterliche Überprüfung nötig.²³⁸ Auch in diesen Bereichen legt das Rechtsstaatsprinzip dem Gesetzgeber Pflichtaufgaben²³⁹ auf.

Darüber hinaus obliegen dem Gesetzgeber freiwillige Aufgaben. Soweit ihn das GG nicht zwingt, bestimmte verfahrensmäßige Rechte und Pflichten des Einzelnen gesetzlich zu konkretisieren und damit justitiabel zu machen, ist er darin frei, dem Bürger weitere Rechte zuzusprechen oder Pflichten aufzuerlegen, über die das GG nichts aussagt, die es aber im Rahmen seiner allgemeinen Grundsätze zuläßt. Auch dieser Bereich der freiwilligen Aufgaben ist aber ein Bereich der Normsetzung, den der Gesetzgeber auszufüllen hat, da auch hier die Exekutive nicht selbst die Maßstäbe für ihre eigene Kontrolle setzen kann. Auch für weniger verfahrensabhängige Grundrechte muß gesehen werden, daß die Verfahrensregeln die rechtliche Stellung des Bürgers beeinflussen, indem sie etwa Bestimmungen über Fristen, Formen und ähnliches enthalten.²⁴⁰ Wenngleich der Gesetzgeber, wie gezeigt, einen gewissen Spielraum hat, wo er mit verfassungs-

237) Eyermann, Fröhler, VwGO, Rdnr. 2 zu § 44a.

238) Vgl. auch Ossenbühl, VVen und GG, S. 549.

239) Der dem Kommunalrecht entnommene Ausdruck stammt in diesem Zusammenhang von Pestalozza, NJW 1981, 2081 (2082).

240) Zoller, Bedeutung des Art. 80 GG, S. 129; Groß, DöV 1971, 186 (189).

konkretisierenden Gesetzen ansetzt, so gilt doch einheitlich für die Regelungen, die der Gesetzgeber erläßt, daß sie zu einer Justitiabilität des konkreten Einzelfalles führen müssen, "gerichtsfreundlich"²⁴¹ sein müssen, nichts offenlassen dürfen, sondern entscheiden müssen. Das "offene" Gesetz delegiert heimlich Rechtssetzungskompetenzen an die anderen Staatsgewalten unter Mißachtung des Rechtsstaatsgebotes und des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG.²⁴² "Das Parlament muß die Maßstäbe so konkret wie nur möglich setzen,²⁴³ und zwar auch auf den genannten Gebieten des Verfahrensrechts.

b) Konkretisierungen, die der Gesetzgeber vornehmen darf

Im Grundsatz muß der Gesetzgeber also sprachlich möglichst genaue Umschreibungen der zu regelnden Materie vorgeben. Dennoch sind dieser Konkretisierungspflicht auch wieder Grenzen gesetzt, und zwar nicht nur tatsächliche, sprachliche, sondern - und das ist entscheidend - auch rechtliche.²⁴⁴ Eine solche rechtliche Grenze ist schon Art. 19 Abs. 1 GG, der im Grundrechtsbereich²⁴⁵ Einzelfallgesetze verbietet.²⁴⁶ Diese äußerste Grenze der Konkretisierung darf im Gesetz nicht erreicht werden.

241) So Pestalozza, NJW 1981, 2081 (2083).

242) Pestalozza, ebd.

243) Zoller, Bedeutung des Art. 80 GG, S. 153.

244) Herzog, VVDStRL 24 (1966), 183 (188);
Erichsen, VerwA 70 (1979), 249 (254);
BVerfG v. 27.04.59, E 9, 268 (280).

245) Zum Anwendungsbereich im einzelnen vgl.
M.-D.-H., GG, Rdnr. 13 ff. zu Art. 19 Abs. 1.

246) Zum Begriff des Einzelfallgesetzes vgl.
M.-D.-H., GG, Rdnr. 32 ff. zu Art. 19 Abs. 1.

Auch außerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 19 Abs. 1 GG sind dem Gesetzgeber Schranken für die Konkretisierung gesetzt. Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG überträgt der vollziehenden Gewalt die Ausführung der Gesetze im Einzelfall. Verlangt man, daß jede praktisch werdende Rechtsfrage schon dem Gesetz entnommen werden kann, so würde das Parlament neben der Maßstabsetzung eine Befugnis zur Einzelfallentscheidung erhalten. Diese steht ihm aber wegen Art. 20 GG gerade nicht zu.²⁴⁷ Auch Art. 3 GG drängt auf eine Allgemeingültigkeit des Gesetzes.²⁴⁸

Die genaue Grenze der Konkretisierungspflicht "nach oben" soll hier nicht interessieren. Das Problem der Maßnahmegesetze²⁴⁹ und der gruppenbezogenen Gesetze²⁵⁰ kann außer Betracht bleiben. Für die vorliegende Fragestellung, die sich mit dem Vorbehalt des Gesetzes beschäftigt und somit vor allem berücksichtigt, was der Gesetzgeber regeln muß, ist hier von Bedeutung, daß es überhaupt auf der anderen Seite eine Grenze für den Gesetzgeber gibt, jenseits der er keine Regelungen mehr treffen darf. Wenn der Gesetzgeber die Konkretisierung also nicht über diese Grenze vorantreibt, so nicht deshalb, weil er dies aus praktischen Gründen nicht könnte,²⁵¹ sondern weil er aus rechtlichen Gründen gehindert ist.

247) Zoller, Bedeutung des Art. 80 GG, S. 152; vgl. auch Erichsen, VerwA 70 (1979), 249 (254 ff.); Kopp, BayVBl 1983, 673, ff.;

248) Scheuner, DöV 1969, 585 (590).

249) M.-D.-H., GG, Rdnr. 5, 28 ff. zu Art. 19 Abs. 1.

250) M.-D.-H., GG, Rdnr. 42 zu Art. 19 Abs. 1

251) Vgl. dazu die Kritik oben I.5.

Weniger konkrete Regelungsformen sind der unbestimmte Rechtsbegriff und das Ermessen. Um die ihm gesetzten Grenzen nicht zu überschreiten, muß der Gesetzgeber von diesen Regelungsinstrumenten Gebrauch machen.

Der unbestimmte Rechtsbegriff und die Ermessenseinräumung werden in Schrifttum und Rechtsprechung weit überwiegend als verfassungsrechtlich unbedenklich angesehen.²⁵² Soweit sie aus den genannten Gründen nicht sogar rechtlich gefordert sind, sind sie in jeden Fall auch verwaltungstechnisch unentbehrlich,²⁵³ da eine perfekte Legalordnung nicht möglich ist²⁵⁴ und eine strikte Gesetzesbindung u.U. zu übermäßigen Eingriffen des Staates nötigen würde, wenn eine bestimmte Rechtsfolge ohne Ausnahme vorgesehen wäre.²⁵⁵ Erst die ermessensfreie Verwaltung bleibt beweglich und verantwortungsvoll genug, um der Einzelfallgerechtigkeit Geltung zu verschaffen.²⁵⁶

Ähnlich kann für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der unbestimmten Rechtsbegriffe argumentiert werden. Der Gesetzgeber soll nicht Einzelfallentscheidungen treffen, sondern Fallgruppen in abstrakten Oberbegriffen zusammenfassen. Diese enthalten dann aber immer ein gewisses Maß an Unbestimmtheit, es sei denn, es handelt sich um gesetzliche Quantifizierungen

252) A.A. Rupp, NJW 1969, 1273 (1276); Dazu aber Menger, Verwaltungsrichtlinien, S. 304 ff.; Bull., Allg. VwR, S. 139.

253) Lorenz, Rechtsweggarantie, S. 21; vgl. dazu schon Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 369, der zur Ermessenseinräumung bemerkt: "Es ist nicht möglich, eine Persönlichkeit fremden Willen derart zu unterwerfen, daß sie in allen Punkten nur Vollstrecker desselben ist."

254) Ossenbühl, DöV 1970, 84 (85); ders., DöV 1969, 618 (626).

255) So im Fall BVerfG v. 03.02.59, E 9, 137 (148 ff.); M.-D.-H., GG, Rdnr. 54 und 426 ff. zu Art. 3 Abs. 1.

256) Wolff, VwRI, § 31 IIa; Stern, Staatsrecht II, S. 765; Kirchhoff, StuW 1975, 357, (361).

oder Begriffe, die sich quantifizieren lassen.²⁵⁷
Wertausfüllungsbedürftige unbestimmte Rechtsbegriffe²⁵⁸ sind unter der Prämisse der Allgemeinheit des Gesetzes aber in jedem Fall unumgänglich.²⁵⁹

Auch wenn die Regelungsinstitute des unbestimmten Rechtsbegriffes und des Ermessens verfassungsrechtlich unbedenklich erscheinen, darf doch die Kehrseite wiederum nicht aus den Augen verloren werden.

"Die grundsätzliche Zulässigkeit unbestimmter Rechtsbegriffe entbindet den Gesetzgeber nicht davon, die Vorschrift so zu fassen, daß sie den rechtsstaatlichen Grundsätzen der Normklarheit und Justitiabilität entspricht."²⁶⁰

Ein behördliches Handlungsermessen kann nur dann als verfassungsgemäß anerkannt werden, wenn durch tatbestandliche Fixierung der Handlungsvoraussetzung oder eindeutig erkennbare Ziele der gesetzlichen Regelung die Tätigkeit der Verwaltung für den Bürger voraussehbar und berechenbar und für die Gerichte justitiabel wird.²⁶¹ Dieses Ziel zu erreichen, ist sicher schwer, aber verfassungsrechtlich geboten.²⁶²

257) Vgl. Obermayer, VwR, S. 58.

258) Hierher zählen Begriffe wie "öffentliches Wohl", "Bedürfnis", "Eignung", "Zuverlässigkeit" oder "Gefahr"; Beispiele nach Eyermann, Fröhler, VwGO, Rdnr. 7a zu § 114.

259) BVerfG v. 10.10.61, E 13, 153 (161); v. 12.01.67, E 21, 73 (79).

260) BVerfG v. 12.01.67, E 21, 73 (79); BVerfG v. 10.10.61, E 13, 153 (164) spricht hier von richtungsweisenden Generalklauseln. Maßgebend bleibt die Meßbarkeit des Verwaltungshandelns; Herzog, VVDStRL 24 (1966), 183 (192); Obermayer, NJW 1963, 1177 (1180).

261) BVerfG v. 03.02.59, E 9, 137 (147 ff.); v. 05.08.66, E 20, 150 (157 ff.); Knack-Busch, VwVfG, Rdnr. 7.3 zu § 40; Czermak, NJW 1961, 1760.

262) Eine Justitiabilität muß sich ja auch nicht aus dem unbestimmten Rechtsbegriff selbst ergeben, sondern kann sich aus dem Kontext, dem systematischen und historischen Zusammenhang usw. ergeben. Die allgemeinen Auslegungsregeln helfen bei der Bestimmung, vgl. BVerfG v. 12.01.67, E 21, 73 (80); zur Kritik vgl. Fischer, StuW 1979, 347 (361).

c) Der Spielraum des Gesetzgebers

Die Regelungsinstrumente des unbestimmten Rechtsbegriffes und des Ermessens erscheinen so verstanden, als die optimalen und einzigen Vorkehrungen, um die Spannung zwischen dem, was der Gesetzgeber regeln muß, und dem, was er regeln darf, aufzulösen. Diese Instrumente bieten - verfassungsgemäß eingesetzt - den Vorteil weitgehender Justitiabilität und räumen gleichzeitig der vollziehenden Gewalt den ihr zukommenden Stellenwert ein. Man entgeht damit der vom Bundesverfassungsgericht beschworenen Gefahr, daß die konkrete Ordnung der Verteilung staatlicher Macht, die das Grundgesetz gewahrt wissen will, "durch einen aus dem Demokratieprinzip fälschlich abgeleiteten Gewaltenmonismus in Form eines allumfassenden Parlamentsvorbehalts unterlaufen wird."²⁶³

Wie schon angedeutet, bleibt dem Gesetzgeber ein gewisser Spielraum, auf welchen Rechtsgebieten er seiner Konkretisierungspflicht nachkommt, wenn ein minus auf einem Gebiet durch ein plus auf einem anderen Gebiet kompensiert werden kann.²⁶⁴ Aus der Einzelaufzählung der gesetzgeberischen Pflichtaufgaben ergibt sich ferner, daß auch hier dem Gesetzgeber ein Frei-
raum bleibt. Es ist der Bereich, der auch von Art. 19 Abs. 4 GG nicht erfaßt wird.²⁶⁵

263) BVerfG v. 08.08.78, E 49, 89 (125).

264) Vgl. oben a).

265) Zu dessen Grenzen für fiskalisches Handeln und gerichtsfreie Akte (bestimmte Regierungsakte und Gnadenentscheidungen) vgl. Lorenz, Rechtsweggarantie, S. 152 ff.; M.-D.-H., GG, Rdnr. 23 ff. zu Art. 19 IV; v. Mangoldt-Klein, GG, Anm. VII 6b zu Art. 19 und Ule in EvStL, Stichwort "Rechtsweggarantie", Sp. 1777.

Aber auch noch innerhalb des so umrissenen Bereichs hat der Gesetzgeber einen Gestaltungsspielraum, wie kompakt er die gesetzliche Regelung gestalten will,²⁶⁶ denn die Grenze zwischen dem, was der Gesetzgeber regeln muß, und dem, was er regeln darf, ist nach dem Gesagten vom Grundgesetz nicht starr vorgeschrieben, sie hängt vielmehr von der Natur der zu ordnenden Verwaltungsmaterie ab.²⁶⁷

Auf diese Weise ergeben sich Überschneidungspunkte mit der Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts:²⁶⁸ unwesentliche Einzelaufzählungen kann der Gesetzgeber großzügig in - unbestimmteren - Oberbegriffen zusammenfassen, bei unwesentlichen Sachverhaltsabweichungen im Einzelfall kann der Gesetzgeber die Verwaltung ermächtigen, nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. Dabei sei daran erinnert, daß die Konkretisierungspflicht des Gesetzgebers immer mit dem Vorbehalt des Gesetzes synchron läuft,²⁶⁹ so daß der Zusammenhang mit der Wesentlichkeitstheorie als einer Theorie zum Vorbehalt des Gesetzes hergestellt ist.

Der Ansatz des Bundesverfassungsgerichts, daß sich die Wesentlichkeit nach der Grundrechtsbetroffenheit des Regelungsadressaten richte,²⁷⁰ findet hier seine

266) BVerfG v. 12.01.67, E 21 73 (79); v. 08.08.78, E 49, 89 (137).

267) Giacometti, Allg. Lehren, S. 256; BVerfG v. 28.10.75, E 40, 237 (249).

268) Vgl. oben I, 3.

269) Vgl. oben 1. g) dd).

270) BVerfG v. 20.10.81, JZ 1982, 755 (757).

Entsprechung in den genannten Pflichtaufgaben des Gesetzgebers. In diesen Bereichen ist das Ermessen zurückgedrängt.²⁷¹

Im Rahmen des gesetzgeberischen Spielraums bzgl. der Kompaktheit eines Gesetzes kann auch die beabsichtigte Dauerhaftigkeit der Regelung berücksichtigt werden. Im Gesetz soll die "wertmäßig allgemeingültige und eben deshalb auch zeitlich dauerhafte Regel"²⁷² verankert werden. Die Kasuistik des Beiläufigen, Einzelaspekte und Tagesbedürfnisse dürfen das Grundsätzliche nicht erdrücken.²⁷³

Das Gesetz wurde schon immer als zeitlich dauerhafte Anordnung verstanden;²⁷⁴ es kann diese Bedeutung behalten, wenn es durch unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessenseinräumung die Flexibilität bekommt, sich den rasch ändernden tatsächlichen Verhältnissen anzupassen.²⁷⁵

Hier kann auch die politische Bedeutung einer Regelung in Rechnung gestellt werden.²⁷⁶ Damit wird der in Art. 59 Abs. 2 GG niedergelegte Gesichtspunkt beachtet,²⁷⁷ wenngleich nicht übersehen werden darf, daß politische und rechtliche Funktionen nicht streng voneinander geschieden werden können²⁷⁸ und auch anderen Staatsorganen als dem Parlament politische Entscheidungen übertragen sind.²⁷⁹

271) BVerfG v. 06.12.72, E 34, 165 (193).

272) Imboden, Gesetz als Garantie, S. 39; Rhinow, Rechtsetzung, S. 204.

273) Imboden, Gesetz als Garantie, S. 40, 42.

274) Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 369; Wolff, Verwaltungsrecht I, § 17 II a; Schenke, DöV 1977, 27 (30).

275) BVerfG v. 08.08.78, E 49, 89 (135 ff.); v. 12.11.58, E 8, 274 (326).

276) Wolff, Verwaltungsrecht I, § 17 III b; Kisker, NJW 1977, 1313 (1318); Schenke, DöV 1977, 27 (31).

277) Thieme, DöV 1962, 77; JZ 1964, 82; Ossenbühl, AöR 92 (1967), 1 (11); Kisker, NJW 1977, 1313 (1317).

278) Hesse, Verfassungsrecht, S. 202.

279) BVerfG v. 08.08.78, E 49, 89 (124 ff.).

Weitere Gesichtspunkte sind die Öffentlichkeit der Diskussion über einen Gesetzentwurf²⁸⁰ und nicht zuletzt die Notwendigkeit des Rechtsschutzes.²⁸¹ All diese sich vielfach überlappenden Topoi haben ihren Standort aber nur als Abwägungsgesichtspunkte im Rahmen des Gestaltungsspielraumes des Gesetzgebers hinsichtlich der Frage, wie kompakt er eine Regelung treffen will.

Davon zu trennen ist die Frage, ob er überhaupt eine Regelung treffen will. Diese stellt sich dem Gesetzgeber jedoch nur im Rahmen seiner freiwilligen Aufgaben. Des weiteren bleibt dem Gesetzgeber ein Gestaltungsspielraum, ob er unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet oder der Verwaltung Ermessen einräumt,²⁸² soweit letzteres im Grundrechtsbereich nicht ausgeschlossen ist.²⁸³

Beide Institute zu trennen, ist durchaus sinnvoll, denn es geht nicht um dieselbe Rechtsfigur mit verschiedenen Etiketten.²⁸⁴ Bei den unbestimmten Rechtsbegriffen handelt es sich um die Beurteilung und Wertung eines gegebenen Sachverhalts, anders als beim Ermessen, das sich auf eine Handlung, d.h. auf künftige Maßnahmen aufgrund einer Vorschrift bezieht.²⁸⁵ Das Ermessen läßt Zweckmäßigkeitserwägungen und Billigkeitsentscheidungen zu,²⁸⁶ zielt also auf eine Einzelfallgerechtigkeit, während in der Setzung unbestimmter Rechtsbegriffe die Priorität der Rechtssicherheit impliziert ist. Generell will der Gesetzgeber, wenn er unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet, der Verwaltung keinen Beurteilungsspielraum einräumen.

280) Hesse, Verfassungsrecht, S. 268; Kisker, NJW 1977, 1313 (1315)

281) Schmidt-Aßmann, VVDStRL 34 (1976), 221 (250 ff.).

282) Zur Austauschbarkeit vgl. Obermayer, VwR, S. 66; ders., VwVfG, Rdnr. 39 zu § 40.

283) BVerfG v. 12.01.67, E 21, 73 (80).

284) So aber Rupp, NJW 1969, 1273 (1274); vgl. auch Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 15 ff.

285) Kopp, VwVfG, Rdnr. 25 zu § 40.

286) Kopp, VwGO, Rdnr. 1 zu § 114.

Alle Rechtsbegriffe entbehren der Bestimmtheit mathematischer Symbole in geringerem oder größerem Umfang.²⁸⁷ Schon angesichts dieser fließenden Übergänge ist es nicht vertretbar, an die Unterscheidung von bestimmten und unbestimmten Rechtsbegriffen weitreichende Folgerungen für den Rechtsschutz zu knüpfen.²⁸⁸ Eine Ausnahme mag für Prüfungsentscheidungen und Entscheidungen pluralistischer Gremien gelten²⁸⁹ unter dem weiteren Gesichtspunkt der Unwiederholbarkeit und Unvertretbarkeit der Entscheidungssituation.

Die Schwierigkeit der Unterscheidung zwischen unbestimmtem Rechtsbegriff und Ermessenseinräumung bei einzelnen gesetzlichen Formulierungen²⁹⁰ ändert an der grundsätzlichen Abgrenzbarkeit nichts.²⁹¹ Mit der jeweils entsprechenden Intention sind diese Institute vom Gesetzgeber einzusetzen. Für Verwaltung und Gerichte resultiert dann daraus eine unterschiedliche Behandlung der jeweiligen Vorschrift.

3. Der daraus ableitbare Umfang der außenrechtswirksamen VVen zur Sachverhaltsermittlung

Die VVen sind vom Grundgesetz grundsätzlich anerkannt.²⁹² Ihnen wird eine eigenständige Bedeutung zugemessen.²⁹³ Sollen sie sinnvoll sein und nicht

287) v. Ohlshausen, JuS 1973, 217 (219).

288) Kopp, VwGO, Rdnr. 13 zu § 114.

289) Überblick über die Rechtsprechung bei Wolff, Verwaltungsrecht I, § 31 I c.

290) Obermayer, VerwR, S. 58; ders. VwVfG, Rdnr. 43 ff. zu § 40; zu den Koppelungsvorschriften: vgl. auch Breuer, AöR 101 (1976), 46 (73 ff.).

291) Formulierungen und gesetzestechische Ausdrucksmittel, die auf eine Ermessenseinräumung hindeuten vgl. bei Wolff, Verwaltungsrecht I, § 31 II c 2.

292) Vgl. die Nennung in Art. 84 Abs. 2; 85 Abs. 2; 86, S. 2; 87 b Abs. 2; 108 Abs. 7; 129 Abs. 1 GG.

293) Barby, BB 1973, 366 (367).

nur das Gesetz wiederholen, so müssen sie die vom Gesetz noch gelassenen Regelungslücken schließen. Solche Regelungslücken können in verfassungsgemäßer Weise nur in drei Arten vorkommen: im Bereich der gesetzgeberischen Pflichtaufgaben zum einen bzgl. der unbestimmten Rechtsbegriffe, zum anderen bzgl. des Ermessens; im Bereich der freiwilligen gesetzgeberischen Aufgaben ist weiter zu unterscheiden: soweit der Gesetzgeber weitere Rechte und Pflichten normiert hat, kommen Regelungslücken ebenfalls nur bzgl. der unbestimmten Rechtsbegriffe und des Ermessens in Betracht. Soweit der Gesetzgeber hier gerade keine Regelung getroffen hat, bleibt (drittens) insgesamt eine Regelungslücke.

Aus dem oben Gesagten ergibt sich nun: der Verwaltung steht es immer frei, diese Lücken mit rein interner Wirkung gegenüber ihren weisungsabhängigen Gliedern, Organen und Ämtern als Institutionen²⁹⁴ zu schließen. Für den Bürger besteht im Außenverhältnis eine entsprechende Gehorsamspflicht aber nicht²⁹⁵ und aus dem Rechtsstaatsvorbehalt folgt, daß die Verwaltung in dem dritten Bereich der Regelungslücken, also derjenige, in dem der Gesetzgeber keine Rechte und Pflichten des Bürgers normiert hat, diese nicht selbst mit Außenwirkung regeln kann, da andernfalls keine effektive gerichtliche Kontrolle anhand externer gesetzter Maßstäbe möglich ist.

Im Bereich der unbestimmten Rechtsbegriffe kann die Verwaltung selbst ebenfalls keine außenrechtswirksamen VVen aufstellen, da Grund der Einführung unbestimmter Rechtsbegriffe nicht die Eigenverantwortlichkeit der Exekutive, sondern die Unzulässigkeit einer weiteren Konkretisierung durch den Gesetzgeber ist.²⁹⁶

294) Vgl. die eingangs erwähnte Definition, oben I.1.

295) Schwan, Zuständigkeitsregelung, S. 88.

296) Siehe oben 2b).

Dies soll unten²⁹⁷ unter Aufführung weiterer Argumente noch näher begründet werden.

Schließlich bleibt nur der Bereich des Ermessens. Er ist gerade unter Berücksichtigung der Eigenständigkeit der exekutiven Gewalt geschaffen worden. Er erscheint als vom Grundgesetz notwendig angeordnete Einschränkung des Rechtsstaatsvorbehalts. Damit ist es logisch nicht ausgeschlossen, sondern sogar eher wahrscheinlich, daß der Verwaltung auf diesem Gebiet gewisse "Rechtssetzungskompetenzen" zugewiesen sind, die sie in der Rechtsform der VVen ausfüllen kann.

Gleichzeitig ist dabei aber zu beachten, daß ausschlaggebend für die Einräumung von Ermessen immer eine beabsichtigte Einzelfallgerechtigkeit ist.²⁹⁸ Diese kann bei einer strikten gesetzesgleichen Bindung an VVen im Bereich des Ermessens nicht erreicht werden. Eine Differenzierung bis hinunter zum Einzelfall läßt sich mit einer generalisierenden Regelung nicht erreichen. VVen, die eine einheitliche Ermessensausübung bezwecken, generalisieren aber in jedem Fall, da sie zur einfacheren Ermessenshandhabung immer Oberbegriffe enthalten, die dann zwar differenzierter sind als die des Gesetzes, aber immer noch weitere, feinere Differenzierungen der Einzelfälle außer Betracht lassen.

Damit wird schon hier deutlich, daß eine durchaus mögliche Außenwirkung der VVen im Bereich des Ermessens nicht die ausschließliche Wirkung des Gesetzes haben kann. VVen zur Ermessenslenkung müssen noch weitere Differenzierungen für den Einzelfall zulassen.

297) Unten III. 1. und 2.
298) Vgl. oben 2b).

Die Konstruktion der Selbstbindung der Verwaltung scheint geeignet, diese Voraussetzung zu erfüllen. Da danach die Verwaltung nur über Art. 3 GG an einmal aufgestellte Regeln gebunden ist, impliziert dies zugleich, daß weitere sachgerechte Differenzierungen nicht ausgeschlossen sind.

Ob damit eine Bindung an die VVen selbst besteht und dadurch deren unmittelbare Außenwirkung oder nur an eine den VVen entsprechende Übung, läßt sich nach dem bisher Gesagten noch nicht entscheiden. Dies, wie auch die weiteren umstrittenen Einzelheiten der Selbstbindungskonstruktion,²⁹⁹ sollen erst unten im Zusammenhang mit den speziellen Problemen der Sachverhaltsermittlung aus der Sicht der gerichtlichen Entscheidung erörtert werden.³⁰⁰

Weitere Arten von Gesetzeslücken, etwa im Bereich der Pflichtaufgaben, darf es nicht geben. Sie wären aus der Sicht des Rechtsstaatsvorbehalts verfassungswidrig. Entsprechend können dann VVen auch keine Außenwirkung haben.

Das Gesagte gilt im Bereich des materiellen Rechts außerhalb der Sachverhaltsermittlung genauso.³⁰¹ Oben wurde nur der hier interessierende Bereich des Verfahrens der Sachverhaltsermittlung genauer dargestellt, um zu zeigen, daß es auch gerade in diesem Bereich Pflichtaufgaben des Gesetzgebers gibt, dieser aber auch gerade hier einen Spielraum bzgl. der Kompaktheit des Gesetzes hat. Im übrigen waren Differenzierungen zwischen VVen des formellen und des materiellen Rechts bislang nicht notwendig, so daß bisher diese schwierige, wenn

299) Oben I.3.
300) Unten III.3.
301) Vgl. oben 2a).

nicht gar unmögliche Unterscheidung nicht getroffen werden brauchte.³⁰²

Weiter muß auch die Unterscheidung zwischen Pflichtaufgaben und freiwilligen Aufgaben nicht genauer getroffen werden. Eine gewisse Außenwirkung ist nach den bisherigen Untersuchungen nur im Bereich des Ermessens möglich. Dieses gibt es aber bei freiwilligen wie bei Pflichtaufgaben. Die Unterscheidung kann als Krücke auf dem Weg zu diesem Ergebnis nun wieder aufgegeben werden.

III. VVen zur Sachverhaltsermittlung und Gerichte

Wie sich zeigt, gibt es drei Bereiche, in denen eine Außenwirkung von VVen überhaupt denkbar ist: den vom Gesetzgeber nicht geregelten Bereich im Rahmen seiner freiwilligen Aufgaben, den Bereich der unbestimmten Rechtsbegriffe und den Bereich des Ermessens.¹ VVen zur Sachverhaltsermittlung müssen sich auf einen dieser drei Bereiche beziehen, wenn eine Außenwirkung überhaupt in Betracht kommen soll.

Auch im Rahmen der gesetzlichen Regelungen über die Sachverhaltsermittlungen kann es unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensnormen geben. Beziehen sich VVen auf diese Regelungen, so kann man diese VVen zur Sachverhaltsermittlung wieder unterscheiden in norminterpretierende und ermessenslenkende VVen.

Entsprechend ist bei der Erörterung der Außenwirkung von VVen zur Sachverhaltsermittlung nur zu unterscheiden zwischen Gesetzesergänzenden VVen, die das allge-

302) Oben I.5.

1) Oben II. 3.

meine Verfahren regeln, VVen zur Interpretation von Verfahrensvorschriften und ermessenslenkenden VVen, die das Verfahren der Sachverhaltsermittlung regeln. Die Zuordnung der einzelnen Arten der VVen zur Sachverhaltsermittlung wie sie eingangs dargestellt wurden² zu diesen Kategorien, wird im IV. Abschnitt zu erörtern sein.

1. Die gerichtliche Anwendung gesetzeseergänzender VVen, die das allgemeine Verfahren der Sachverhaltsermittlung regeln.

a) Der Grundsatz

Der Grundsatz ist in diesem Bereich, in dem gesetzliche Regelungen nicht berücksichtigt werden sollen, die eine Ermessensentscheidung zulassen oder unbestimmte Rechtsbegriffe beinhalten, aus dem bisher Gesagten sofort abzuleiten:

Der Richter hat nur das Gesetz und die nach den Regeln des Art. 80 GG erlassenen Rechtsverordnungen zu beachten und anzuwenden; nur diese können als Maßstab für eine effektive Kontrolle der Verwaltung dienen. Die Verwaltung kann nicht selbst die Maßstäbe für ihre Überprüfung setzen. VVen können dem Bürger keine zusätzlichen Verfahrensrechte einräumen oder Pflichten auferlegen. Von diesem klaren Grundsatz könnten aber doch Ausnahmen möglich sein unter Gesichtspunkten, die bislang noch nicht berücksichtigt wurden. Einige dieser möglichen Ausnahmen wurden schon in der Einleitung kurz skizziert.³ Sie sollen nun systematisch erörtert werden.

2) Oben I. 4.

3) Oben I. 3.

b) Ausnahmen aufgrund der Organisationsgewalt

Erst durch Organisation bzw. durch die Ausübung von Organisationsgewalt kann in einem Staat "der Wille aller gleichsam in einem Punkt vereinigt werden."⁴ Insofern ist sie Vorbedingung und Ermöglichung jeder Staatstätigkeit.⁵ In jedem staatlichen Gebilde wird man diese Größe vorfinden. Dennoch ist fraglich, ob diesem Begriff der "Organisationsgewalt" selbständige rechtliche Bedeutung eingeräumt werden muß, oder ob er nur als Begriff verschiedener rechtlicher Befugnisse verstanden werden kann.⁶

In ersterem Fall könnte man geneigt sein, die Organisation undifferenziert als eigenständige Staatsfunktion aufzufassen und die Ausübung dieser Funktion ebenso pauschal einer Staatsgewalt zuzuteilen. Man könnte diese Funktion der Verwaltung zuschreiben als deren naturrechtliches Hausgut,⁷ dies vor allem mit der Begründung, der Verwaltungsspitze, dem Dienstherren, stünde ja auch das Direktionsrecht zu, auf die sich auch die Organisationsgewalt stützen könne.⁸

Ebenso ließe sich aber eine Übertragung der Organisationsgewalt auf die Legislative damit begründen, daß alle staatliche Tätigkeit nur vom Volk ausgehen könne und daher parlamentarischer Ermächtigung bedürfe.⁹

4) Hobbes, Leviathan, Teil II, Kap. 17.

5) Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 39.

6) Spanner, DöV 1957, 640 (642).

7) Rupp, Grundfragen, S. 92.

8) Köttgen, VVDStRL 16 (1958), 164 (180).

9) Rupp, ebd.

Im demokratischen Verfassungsstaat ist die Verfassung aber nicht Beschränkung einer schon bestehenden, sondern in erster Linie Grundlage jeder Ausübung der Staatsgewalt.¹⁰ Welches Staatsorgan diese Staatsfunktion wahrzunehmen hat, läßt sich nur aus der geschriebenen Verfassung selbst begründen.¹¹ Ferner ist zu beachten, daß die Organisationsgewalt nicht einfach die Kombination des Direktionsrechtes mit dem Haushaltsrecht ist.¹²

Eine Direktionsbefugnis kann es nur geben, wenn schon eine Behörde und damit eine Behördenspitze vorhanden ist. Zur Organisation gehört aber auch die Errichtung einer Behörde selbst. Auch können Dienstgewalt und Organisationsgewalt getrennte Wege gehen und verschiedenen Inhabern zustehen.¹³

So ist also zunächst doch danach zu fragen, welche Einzelbefugnisse sich hinter dem Begriff der Organisationsgewalt verbergen:

Organisiert werden müssen die Errichtung, Auflassung und Veränderung von Funktionsstellen und eine entsprechende Zuständigkeitsverteilung und Koordinierung. Intern sind die Besetzung von Organen mit Organwaltern zu regeln, sowie der innere Amtsdienst und die dienstrechtliche Behandlung der Beamten, die Grundsätze für die Erstellung des Budgets, die Einrichtung von technischen, wirtschaftlichen und fiskalischen Behörden und die Einrichtung von Verordnungsblättern. Geregelt werden muß aber auch der äußere Amtsdienst, wie Dienststunden, Parteiverkehr, Art und Weise der Akten erledigung.¹⁴ Aus dieser Aufgliederung wird

10) Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 33.

11) Spanner, DStV 1957, 640 (641).

12) So Köttgen, VVDStRL 16 (1958), 154 (179 ff.).

13) Darauf weist Ossenbühl, VVen und GG, S. 253 ff. hin.

14) Vgl. die zum Teil noch differenzierteren Zusammenstellungen der organisatorischen Einzelbefugnisse bei Ermacora, VVDStRL 16 (1958), 191 (206); Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 47 ff.; Ossenbühl, VVen und GG, S. 257 ff.

deutlich, daß die Organisationsgewalt verschiedene Befugnisse umfaßt, die ihre Rechtfertigung nicht in sich tragen,¹⁵ sondern je gesonderter Untersuchung bedürfen.

Im Bereich der so aufgegliederten Organisationsgewalt ist nun auch der Erlaß von VVen zur Sachverhaltsermittlung denkbar. Der äußere Dienstbetrieb berührt am ehesten Fragen der Sachverhaltsermittlung, der innere Dienstbetrieb und die Zuständigkeitsregelungen tangieren diese nur am Rande.¹⁶

Die Grundlage für den Erlaß von Verwaltungsvorschriften ist nach der eingangs erwähnten Definition¹⁷ die Weisungsgewalt.¹⁸ Bei bereits bestehenden Behörden bezieht sich die Weisungsgewalt auch auf die Organisation des inneren und äußeren Amtsdienstes. Insoweit steht der Exekutive eine Organisationsgewalt zu. Im Bereich des äußeren Amtsdienstes kommt eine mittelbare faktische Außenwirkung insofern in Betracht, als eine zunächst nur behördeninterne Weisung, z.B. bzgl. der Dienststunden, sich faktisch auch auf den Bürger auswirkt. Nun ist die Organisationsgewalt zwar kein Hausgut der Verwaltung,¹⁹ aber doch eng mit ihrem Aufgabenkreis verwoben.

15) Spanner, DöV 1957, 640 (642); Mayer, Allg. VwR. S. 57.

16) Der Bereich der Sachverhaltsermittlung wurde bisher nur in einer Einzelaufzählung beschreibend dargestellt, oben I. 4. Eine klare Definition fehlt auch bei Ossenbühl, VVen und GG, der diese Unterscheidung einführt. Da die Grenzen fließend sind, in den Grenzbereichen keine Gründe für eine unterschiedliche rechtliche Behandlung bestehen und in der Wissenschaft bislang ein einheitliches Verständnis der Sachverhaltsermittlung fehlt, verbietet sich eine Definition eher als sie geboten wäre. Die Sachverhaltsermittlung betrifft jedenfalls nicht das materielle Recht (zu dieser schwierigen Grenzziehung oben I. 5. und II.3., die Verfahrenseinleitung, zu der wohl auch Fragen der Zuständigkeit gehören (dazu sogleich) und die abschließende Entscheidung bzw. den Verfahrensabschluß.

17) Oben I. 1., S. 1.

18) Dazu noch unten f).

19) Rupp, Grundfragen, S. 92; Mayer, Allg. VwR, S. 60.

Daher erscheint es rechtspolitisch geboten, der Exekutive auf dem Gebiet des inneren und äußeren Amtsdienstes einen breiteren Raum des Ermessens einzuräumen.²⁰ Im Rahmen dieses Ermessens können zu VVen gebündelte Einzelweisungen²¹ auch gewisse rechtliche Außenwirkung haben in dem unten²² noch darzustellenden Umfang und in diesem Maß auch für den Richter beachtlich sein. Aber nur auf diese Weise kann der Exekutive eine Organisationsgewalt mit rechtlicher Außenwirkung zukommen. Demgegenüber kann eine faktische Außenwirkung interner VVen für eine gerichtliche Überprüfung eines Einzelfalles nicht von Bedeutung sein. Der Verwaltung würde sonst auf diesem Wege doch die Macht zuerkannt, selbst die Maßstäbe zu schaffen, an denen sie gemessen werden soll. Beruft sich ein Bürger auf derartige VVen über die innere Organisation der Verwaltung, wird man allenfalls zu prüfen haben, ob nicht eine gesetzgeberische Pflichtaufgabe vorliegt. Hat es der Gesetzgeber unterlassen, eine Regelung - und sei es eine Ermessensregelung - zu erlassen, die zur Konkretisierung grundgesetzlich gewährter Rechte erforderlich wäre, kann das Gericht nur am Maßstab des Grundgesetzes entscheiden. Soweit es der Gesetzgeber nur unterlassen hat, darüber hinausgehende Rechte zu normieren, kann der Bürger ebenfalls aus den VVen keine Rechte herleiten.

Das Problem der Zuständigkeitsregelung durch VVen berührt die eigentliche Sachverhaltsermittlung kaum. Daher dazu nur zwei Hinweise: soweit die Regelungsgewalt hier der Exekutive zugeschlagen wird mit dem

20) Spanner, DStV 1957, 640 (645).

21) Ossenbühl, VVen und GG, S. 471.

22) Unten 3.

Argument, eine gesetzliche Regelung würde die Schwerfälligkeit des Staatsapparates beträchtlich erhöhen,²³ sei auf die in die Praxis umsetzbare und umgesetzte Vorschrift des Art. 77 Abs. 1 Satz 1 BV hingewiesen. Näher soll darauf noch unten²⁴ im Zusammenhang eingegangen werden.

Im übrigen wird hier weitgehend vertreten, daß durch Zuständigkeitsregelungen keine Rechte oder Pflichten des Bürgers festgelegt werden.²⁵ Dem Problem der Zuständigkeitsregelung im Verhältnis zum Vorbehalt des Gesetzes ist eine eigene Abhandlung²⁶ von Schwan gewidmet, auf deren Differenzierungen hier verwiesen werden kann, da sie auch von der Grundlage des Rechtsstaatsprinzips ausgeht, wenn auch unter etwas anderem Aspekt. Abschließend bleibt hier festzustellen, daß die Gerichte VVen zur Sachverhaltsermittlung (im Außenverhältnis) allein unter Berufung auf die Organisationsgewalt der Verwaltung nicht anwenden dürfen.

23) BVerfG v. 06.05.58, E 8, 155 (168); BVerwG v. 25.08.71, DöV 1972, 129 (130); Heinze, DVBl 1962, 373 (374) und Müller-Webes, NJW 1962, 831 (832) in einer Anm. zu BVerwG v. 28.09.61, DVBl 1962, 371.

24) Unten d).

25) Obermayer, JZ 62, 64 (67); Schmidt-Abmann in FS für Ipsen, S. 333, 349; vgl. aber Rupp, JuS 1975, 609 (614).

26) Schwan, Zuständigkeitsregelung und Vorbehalt des Gesetzes.

c) Ausnahmen aufgrund Vertrauensschutzes

Dem Gedanken des Vertrauensschutzes wird im öffentlichen Recht immer größerer Wert beigelegt.²⁷ So liegt es nahe, diesen auch bei den VVen zu berücksichtigen: der Bürger bzw. der Rechtsanwalt oder Steuerberater erhält von VVen Kenntnis soweit sie veröffentlicht sind und vertraut darauf, daß sie entsprechend auch wirksam sind. "Wirksam" wird der Bürger aus seiner Sicht immer mit "außen-wirksam" gleichsetzen. Dieser Vertrauensschutz kann aber schon grundsätzlich nur begrenzt sein. Das Vertrauen in einmal aufgestellte VVen kann nicht für alle Zukunft fortgelten.²⁸

Für das Steuerrecht ist dies schon dadurch begründet, daß Steuerrichtlinien in der Regel nur für einen Veranlagungszeitraum gelten und der Bürger nicht auf ein Fortgelten vertrauen kann.²⁹ Gleiches gilt auch für andere VVen, da der Bürger damit rechnen muß, daß die Verwaltung ihre Richtlinien von Zeit zu Zeit ändert.³⁰ Dem Vertrauensschutz stehen aber grundlegende verfassungsrechtliche Bedenken entgegen.³¹ Das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit (insbesondere Art. 19 Abs. 4 GG) und das Prinzip der Gewaltenteilung (insbesondere Art. 80 Abs. 1 GG) würden in weitem Umfang zurücktreten und außer Kraft gesetzt zugunsten eines individuellen Vertrauensschutzes. Ein Vertrauensschutz gegenüber rechtswidrigen VVen würde der Verwaltung eine unzulässige Rechtssetzungsmacht zuspielen und sogar den Vorrang des

27) Ossenbühl, DöV 1970, 264 (266).

28) BFH v. 15.01.69, BStBl. 1969 II, 310.

29) BFH ebd.; Hoepffner, Gesetzesverdrängung, S. 171 ff.

30) Mertens, Selbstbindung, S. 101; BVerwG v. 01.06.79, NJW 1980, 75.

31) Jaehnicke, StuW 1979, 293 (299, 303).

Gesetzes unbeachtet lassen, an den selbst Rechtsverordnungen gebunden sind.³² "Punktuell gewährter Vertrauensschutz - wie etwa gegenüber rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsakten - entspricht der Billigkeit und gefährdet die auf den ausnahmslosen Gesetzesvollzug bedachte Gemeinschaftsordnung nicht. Gruppenwirksamer Vertrauensschutz en gros verkehrt das Regel-Ausnahme-Verhältnis und denaturiert die gesetzliche Ordnung."³³ VVen stehen wegen ihrer generell-abstrakten Anordnungen insoweit den Rechtsverordnungen näher, die bei Fehlen eines Tatbestandsmerkmals in der gesetzlichen Ermächtigung nichtig sind, als den Verwaltungsakten, für die gesetzlich ein Vertrauensschutz in den §§ 48 Abs. 2 und 3 und 49 Abs. 5 VwVfG vorgeschrieben ist.³⁴

Der Steuerpflichtige wird nicht immer den rechtlichen Unterschied zwischen einer die Gerichte bindenden Rechtsverordnung und einer für sie nicht verbindlichen Verwaltungsanweisung kennen.³⁵

Dies ist aber kein Grund, den rechtlichen Unterschied durch einen Vertrauensschutz zu überspielen. Für einen Laien wird in diesem Bereich die Systematik des Verwaltungsrechts sicher schwer verständlich sein,³⁶ er wird sich hier an den Fachmann wenden müssen, genauso wie für die Frage nach dem Unterschied zwischen wirksamen Allgemeinen Geschäfts-

32) Menger, VerwA 63 (1972), 213 (214).

33) Ossenbühl, DöV 1970, 260 (266).

34) Paulick, DStR 1962/63, 445 (451); das Vertrauen auf den künftigen Fortbestand von Rechtsnormen ist grundsätzlich nicht geschützt; Kloepfer, VVDStRL 40 (1982), 63 (81).

35) Paulick, DStR 1962/63, 445 (450).

36) Einzelregelungen sollten selbstverständlich auch dem Laien verständlich sein, da zur Koordinierung menschlichen Verhaltens konsensfähige Lösungen gesellschaftlich relevanter Gerechtigkeitsprobleme erforderlich sind; vgl. Zippelius, Wesen des Rechts, S. 106.

bedingungen und schlicht falschen Auskünften des Vertragspartners über die Rechtslage. Der Vertrauensschutz wird hier häufig damit begründet, daß die VVen, die veröffentlicht sind, sich doch auch an den Bürger wenden und werden daher in Zusammenhang gebracht mit der Frage nach der Verbindlichkeit vom Finanzamt erteilter unrichtiger Auskünfte.³⁷

Im Gegensatz zu einer Zusicherung, stellen aber Auskünfte und Hinweise keine verbindliche Festlegung der Behörde hinsichtlich ihres künftigen Verhaltens dar, und begründen daher auch keinen Anspruch auf entsprechendes Verhalten.³⁸ Nur soweit die Behörde einen Ermessensspielraum hat, kann sie sich selbst auf ein bestimmtes Verhalten festlegen, und muß dann in dessen Rahmen den durch ihre Auskünfte veranlaßten Vertrauensschutz wieder berücksichtigen.³⁹ Schließlich ist auch zu beachten, daß auch bei der Verletzung von Auskunftspflichten der Verletzte nur dann auch einen Anspruch darauf hat, so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn er eine zutreffende Auskunft erhalten hätte, wenn dies rechtlich zulässig ist.⁴⁰ Diese Argumentation mit der Parallele zum Auskunftsrecht läßt sich damit aber wieder nur auf die VVen zur Ermessensausübung übertragen, die später behandelt werden sollen.⁴¹

Ein Spezialfall des Vertrauensschutzes sind die Übergangsregelungen in der Form von Billigkeits-erlassen.⁴² Im Rahmen eines ihr eingeräumten

37) Paulick, DStR 1962/63, 445 (451) m.w.N. zur Rechtsprechung; Schmidt, Gesetzesvollziehung, S. 101 ff.

38) BVerwG v. 24.06.66, DVBl 1966, 857; Kopp, VwVfG, § 38 Rdnr. 7.

39) Kopp, VwVfG, § 38 Rdnr. 7.

40) BSG v. 17.11.70, NJW 1971, 822 (823 ff.); Ule, Laubinger, Verwaltungsverfahrensrecht, § 26 III 4; Kopp, VwVfG, § 25 Rdnr. 13.

41) Unten 3.

42) Martens in Tipke, Grenzen der Rechtsfortbildung, S. 187 m.w.N.

Ermessens kann und muß die Verwaltung auch Vertrauensschutzinteressen berücksichtigen.⁴³

Wenn die Behörde nun feststellt, daß der Bürger im Vertrauen auf öffentliche VVen Dispositionen getroffen hat, kann sie dieses Vertrauen im Bereich des Steuerrechts gem. § 227 AO berücksichtigen. Sie kann auch die allgemeine Weisung erteilen, dies regelmäßig zu tun, eben in Form einer VV. Diese fallen dann aber wieder in die Kategorie der VVen, die die Ermessensausübung regeln, die unten⁴⁴ genauer behandelt werden. Bereits hier läßt sich aber festhalten, daß es ein nobile officium der Behörde ist, eine Übergangsregelung aufgrund des § 227 AO zu schaffen,⁴⁵ wenn ein Bürger auf eine ihm günstige VV über das Verfahren aufgrund ihrer Veröffentlichung vertraut hat, die sich nachträglich als unanwendbar erweist. Für die VVen, die das allgemeine Verfahren der Sachverhaltsermittlung regeln, ergibt sich aufgrund des Vertrauensschutzes keine Ausnahme von dem Grundsatz der Nichtanwendbarkeit durch die Gerichte.

d) Ausnahmen aus Gründen der Praktikabilität

Art. 19 Abs. 4 GG verpflichtet den Gesetzgeber, alle Rechte und Pflichten des Bürgers in justiziabler Weise auszuformen. Dies ist mehr als der Eingriffsvorbehalt verlangt und auch mehr als die "Wesentlichkeitsrechtsprechung"⁴⁶ verlangt. Jede notwendige abstrakt-generelle Regelung nun vom Gesetzgeber aufstellen zu lassen, ist praktisch nicht durchsetzbar.⁴⁷ Der Gesetzgeber wäre quantitativ, aber auch qualitativ überlastet.⁴⁸

43) Kopp, VwVfG § 38 Rdnr. 7.

44) Unten 3.

45) Paulick, DStR 1962/63, 445 (452).

46) Oben I.3,

47) Zimmer, Gewaltenteilung, S. 334; Jaehnicke, StuW 1979, 293 (300); vgl. auch die grundlegende Kritik am Rechtsstaatsvorbehalt, oben II.1.g) gg),

48) Weyreuther, DVBl 1976, 853 (857).

Die qualitative Überlastung wird unter anderem damit begründet, daß die Legislative wie keine andere Staatsgewalt von Laien beherrscht wird.⁴⁹ Gerade auch im Bereich der Sachverhaltsermittlung können hier große Schwierigkeiten bestehen, etwa wenn es um die Ermittlung technischer Werte geht.⁵⁰ Dem ist aber dreierlei entgegenzuhalten: Zum ersten ist es dem Gesetzgeber möglich, weniger wesentliche Differenzierungen in das Ermessen der Verwaltung zu stellen und unterschiedliche Sachverhalte durch unbestimmte Rechtsbegriffe in einem Oberbegriff zusammenzufassen. Wie gezeigt, ist er dazu sogar verpflichtet.⁵¹ Der Gesetzgeber ist durch Art. 3 GG gebunden, Ungleiches ungleich zu behandeln.⁵² Dennoch bleibt ihm ein Ermessensspielraum, in welchem Maße er Differenzierungen setzt oder gerade nicht setzt, etwa durch die Einräumung von Ermessen oder die Einfügung unbestimmter Rechtsbegriffe.⁵³ Eine Typisierung etwa in unbestimmten Rechtsbegriffen ist unvermeidlich, um zu einer praktikablen Rechtsanwendung und damit zu echter Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zu kommen.⁵⁴

Im Bereich der Sachverhaltsermittlung muß der Gesetzgeber gerade den Finanzämtern ein breites Ermessen einräumen, da bei einer differenzierten Regelung, die etwa eine Gründlichkeit der Ermittlung

49) Pestalozza, NJW 1981, 2081 (2082).

50) Vallendar, DöV 1978, 564 in einer Anm. zu BVerwG v. 17.02.78, DöV 1978, 559 nennt als Bsp. § 67 Abs. 5 BImSchG: er müßte eigentlich selbst die Immissionswerte festlegen und vor allem auch das Verfahren zu ihrer Ermittlung.

51) Oben II.2.b).

52) Vgl. dazu Paulick StbJb 1957/58, 85 (109); M.-D.-H., GG, Rdnr. 22 zu Art. 3 Abs. 1.

53) Oben II, 2 c).

54) Isensee, StuW 1973, 199 (202).

im Finanzverfahren wie im Strafprozeß fordert, die Funktion der Finanzämter am Ende sinnlos würde.⁵⁵ Der Gesetzgeber soll hier nicht alle Differenzierungen selbst treffen und braucht dies daher auch nicht zu tun. Es geht auch darum, praktikable Gesetze zu erlassen.⁵⁶ Diese werden aber in aller Regel auch quantitativ weniger und einfacher sein als sachlich vollkommene Regelungen.⁵⁷

Die Forderung nach Justitiabilität beinhaltet nach dem hier dargelegten Verständnis nicht, daß alle in VVen getroffenen Regelungen nun in Gesetzesform erlassen werden müßten.⁵⁸ Dem Gesetzgeber ist es nur verwehrt "nur Blankett-Regelungen mit weitgefaßten Generalklauseln und außerordentlich unbestimmten Gesetzesbegriffen" zu schaffen.⁵⁹ Er ist selbst gefordert, das Spannungsverhältnis zwischen Verwaltungseffizienz und rechtsstaatlichem Rechtsschutz aufzulösen.⁶⁰

Zum zweiten ist auch vom Rechtsstaatsvorbehalt eine geringere Quantität an Gesetzen gefordert. Vogel hat klar dargestellt, wie ein immer größer werdender Perfektionismus der Gesetzgebung nur zu geringerer Qualität führt: er vergleicht gerade die Steuergesetzgebung mit jenen Astronomen, die, als die Planeten sich nicht an die von ihnen angenommenen Kreisbahnen hielten, verbessernde Zusatzkreise ("Epizykel") auf die Kreisbahnen setzen, dann Zusatzkreise auf die-

55) Isensee, ebd.

56) Jaehnicke, StuW 1979, 293, (301).

57) Wolff, Verwaltungsrecht I, § 17 IV a.

58) So aber Menger, ebd.

59) Menger, Verwaltungsrichtlinien, S. 311.

60) Ossenbühl NVwZ 1982, 465 (470); Regelungsinstrumente, die eine Lösung dieses Zielkonfliktes für das Verwaltungsverfahren ermöglichen, sind etwa die Kontrollkonzentration (vgl. § 44a VwGO), Sanktionsdefizite (vgl. § 46 VwVfG) oder Präklusionsregelungen, Ossenbühl, ebd.

se Zusatzkreise, und dabei doch immer wieder erleben mußten, daß die Planeten sich ihrem Zugriff entzogen, bis sie den einfacheren Ansatz der Ellipsenbahn wählten.⁶¹ Selbst das perfekte Gesetz bleibt so Flickschusterei:

für den Gesetzgeber ist die Masse der Zusatzgesetze nicht mehr zu bewältigen und die geschaffene Gerechtigkeit ist nur eine vermeintliche.⁶² Gerade das Rechtsstaatsprinzip in Ausprägung des Gesetzmäßigkeitsprinzips fordert auch eine Beschränkung der Gesetzesflut, um ihre Anwendbarkeit aus technischen, zeitlichen und sachlichen Gründen zu erhalten, aber auch die Anwendungsbereitschaft des Bürgers wie des Verwaltungsbeamten, der durch zu viele Regelungen überfordert würde.⁶³

Zum dritten wäre es möglich und nötig, den Gesetzgeber durch zur Verfügungstellung eines größeren Verwaltungsapparates, besetzt mit Juristen und Sachverständigen für verschiedene Sachgebiete, in den Stand zu versetzen, auch qualitativ bessere Gesetze zu erlassen. Freilich - das sei hier zugegeben - wird man sich in einer Demokratie immer wieder dem Problem des Zwangs zum Kompromiß ausgesetzt sehen.

Wenn Gesetze nicht von einem Monokraten, sondern von einem Parlament erlassen werden, wird sich die Stimmenvielzahl notwendig immer im Gesetz niederschlagen. Aber auch hier lassen sich die Grundforderungen nach einer systematisch klaren und konsequenten Gesetzgebung aufrechterhalten.⁶⁴

61) Vogel, Stuw 1980, 206 (208).

62) Vogel, a.a.O., S. 209.

63) Lange, DVBl 1979, 533 (534 ff.) mit weiteren Einzeldarstellungen einer möglichen Eindämmung der Vorschriftenflut.

64) Dazu genauer Knobbe-Keuk, Stuw 1981, 97 (103).

Die Praktikabilität für den Gesetzgeber und für die Exekutive sind miteinander verwoben. Für die Legislative bedeutet sie trotz Erhalt der Justiziabilität Entlastung von einer zu hohen Quantität an Gesetzeserlassen, für die Exekutive bedeutet sie trotz klarer gesetzlicher Führung, Begrenzung der zugewiesenen Verwaltungsarbeit auf das Machbare. Beides ist möglich durch einfache und klare Gesetze und den sinnvollen Einsatz von Ermessensregelungen und unbestimmten Rechtsbegriffen. Dies wird sicher nicht immer leicht sein. Eine in diesem Sinne verbesserte Gesetzgebung ist aber möglich⁶⁵ und in jedem Fall anzustreben.

Allein aus Gründen der Praktikabilität kann der Verwaltung somit keine Subsidiärzuständigkeit zur Setzung von Außenrecht in Form von VVen zugestanden werden.⁶⁶ Wenn der Gesetzgeber seine Regelungsaufgaben nicht rechtzeitig zu erfüllen vermag und ein Ordnungsvakuum droht, vermag auch die Exekutive nicht, rechtsstaatliche Zustände wiederherzustellen. Wenn man allen VVen Außenwirkung beilegen würde, würde dies den Gesetzgeber nur wenig entlasten,⁶⁷ und man würde damit den Erfordernissen des Rechtsstaats nicht näherkommen. Rechtsstaatlichkeit bedeutet eben, daß der Gesetzgeber die Maßstäbe setzt, an denen die Verwaltung zu messen ist. Der Gewinn der Gleichbehandlung aufgrund der VVen ist zu gering gegenüber dem dann drohenden Verlust an Rechtsstaatlichkeit.

65) Aufschlußreiche Beispiele finden sich bei Vogel, StuW 1980, 206 (209 ff.)

66) Dazu Isensee, Die typisierende Verwaltung, S. 129 ff.

67) Rupp, JuS 1975, 609 (617).

Auch für die gerichtliche Überprüfung wären in diesem Sinne einfachere Vorschriften entsprechend einfacher zu handhaben. Keinesfalls dürften sich die Gerichte aber dazu verleiten lassen, die VVen einfach anzuwenden, weil sie praktikabler sind als eine unklare gesetzliche Regelung, die an den Umfang der Sachverhaltsermittlung sehr hohe Anforderungen stellt. Hier käme hinzu, daß ein Verfahrensbeteiligter, eben die Verwaltung, die die VVen erlassen hat, ungerechtfertigt bevorzugt würde. Das Gericht würde sich auf diese Weise jeweils die Meinung der verfahrensbeteiligten Verwaltung zu eigen machen. Eine eigenständige Prüfung durch das Gericht ist praktikabel, um so mehr, je einfacher die gesetzlichen Vorgaben sind. Das soll unten⁶⁸ an Einzelfällen noch dargestellt werden.

Kann der Gesetzgeber im Einzelfall tatsächlich eine dem Rechtsstaatsvorbehalt entsprechende Regelung nicht finden oder bleibt er schlicht untätig, so muß man sich damit abfinden, einem klaren Verfassungsverstoß gegenüberzustehen. Das Wort von der "Notkompetenz der Verwaltung" kann das nicht beschönigen.⁶⁹ Eine unter diesem Aspekt erwogene Anwendung von VVen durch die Gerichte führt zwar zu einer Gleichbehandlung, nicht aber zu einer rechtsstaatlichen Behandlung des Falles.

68) Unten IV., insbesondere IV. 2.

69) Rupp, ebd.

2. Die gerichtliche Anwendung der VVen zur Norminterpretation von Verfahrensvorschriften

Dem Grundsatz nach gilt für die VVen zur Norminterpretation von Verfahrensvorschriften das gleiche wie für die allgemeinen Verfahrensverwaltungsvorschriften: sie können nicht als Maßstab für die Gerichte dienen. Dieser Grundsatz entspricht auch der ganz herrschenden Meinung.⁷⁰ Insoweit gilt das oben⁷¹ gerade Gesagte auch hier. Man muß sich bei den Verwaltungsvorschriften, die Verfahrensvorschriften interpretieren, jedoch mit weiteren möglichen Ausnahmen von diesem Grundsatz auseinandersetzen.

So erhebt die Vertretbarkeitslehre Ules⁷² die Forderung, daß das Gericht in Grenzfällen der Gesetzesauslegung die von der Verwaltungsbehörde getroffenen Entscheidungen zu respektieren und seiner Entscheidung zugrunde zu legen hat. Die vielleicht problematische Entscheidung einer Verwaltungsbehörde soll nicht durch die ebenso problematische Entscheidung des Gerichts ersetzt werden.⁷³ Auch wenn man von der Annahme ausgehe, es gäbe nur eine richtige Entscheidung, so sei es schwer verständlich, warum immer nur der Richter sie zu finden imstande sein soll.⁷⁴

70) BVerfG v. 23.11.51, E 1, 82 (83); v. 24.04.53, E 2, 237 (242); BVerwG v. 10.12.69, E 34, 278 (282); v. 26.11.70, E 36, 313 (315); v. 13.07.77, E 54, 177; Hansen, Fachliche Weisung, S. 340 mw.N.
71) Oben 1.
72) Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 10; ders. BB 1976, 446 (447).
73) Ule, ebd.
74) Schmidt, JuS 1971, 184 (188).

Das Gericht würde sogar in Kompetenzen der Verwaltung eingreifen, da es deren Aufgabe sei, die Gesetze zu konkretisieren. Auch sei in den VVen administrativer Sachverstand dokumentiert, dem auch die dritte Gewalt den notwendigen Respekt zollen sollte.⁷⁵ So sollen sie auch gerade die Abgrenzung unbestimmter Rechtsbegriffe erleichtern⁷⁶ und die Gleichmäßigkeit des Verwaltungshandelns erleichtern.⁷⁷

Letzteres sind auch Argumente, die Martens⁷⁸ zu seiner These der präsumptiven Verbindlichkeit der VVen führen: die Gerichte sollen VVen inhaltlich akzeptieren, wenn sich nach sorgfältiger Analyse der Rechtslage kein gewichtiger Grund für eine abweichende Entscheidung finden läßt.⁷⁹ VVen stellten sich so als Präjudizien dar, die von der Verwaltung aufgestellt werden. Ihre Notwendigkeit ergebe sich daraus, daß die Verwaltung den meist mehrere Jahre erfordernden Prozeß der Verdichtung der Rechtslage durch die Rechtsprechung nicht abwarten könne, sondern darauf angewiesen sei, sofort eigene Vollzugsmaßstäbe aufzustellen, um eine Gleichbehandlung, Kontinuität und eigene Arbeitsentlastung zu erreichen.⁸⁰

Möllinger sieht bei den VVen zur Norminterpretation vor allem das Faktum der einheitlichen Rechtsanwendung, das auch von den Gerichten in gewisser Weise beachtet werden müsse.⁸¹

75) Ule, BB 1976, 446 (447).

76) Brockhoff, StbJb 1963/64, 320 (324).

77) Paulick, DStR 1962/63, 445 (451).

78) Martens in Tipke, Grenzen der Rechtsfortbildung, S. 185.

79) Martens, a.a.O., S. 186.

80) Martens, a.a.O., S. 177, 185.

81) Möllinger in Tipke, Grenzen der Rechtsfortbildung, S. 360.

Das Problem der norminterpretierenden VVen taucht nur auf, wenn überhaupt gesetzliche Regelungen vorliegen, diese aber unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten i.S. nicht vollständiger quantitativer Präzisierungen.

Durch die notwendige Abstraktheit des Gesetzes wird in der Tat die Konkretisierungsaufgabe auf die anderen Staatsgewalten verlagert.⁸² Diese "Konkretisierung im Detail" zählt sicher auch zu den Aufgaben im Funktionsbereich der Verwaltung.⁸³ Daraus jedoch den Schluß zu ziehen, den (enger) konkretisierenden VVen käme damit Außenwirkung zu, also auch eine Bindung der Gerichte,⁸⁴ ist nicht gerechtfertigt.

Die Verwaltung nimmt mit ihrer Entscheidung im Einzelfall eine Konkretisierung des Gesetzes vor, aber eben nur für diesen Fall. Die Entscheidung, ob die Verwaltung mit dieser ihrer Konkretisierung rechtmäßig, d.h. gesetzesmäßig gehandelt hat, obliegt letztlich den Gerichten.⁸⁵ Aufgabe des Richters ist es, einen Streit zwischen Bürger und Verwaltung zu entscheiden.⁸⁶ Die Norminterpretation gehört zu den "ureigensten" Aufgaben des Richters.⁸⁷ Der Richter würde die Streitentscheidung über die Interpretation einer Norm aber gerade einer der streitenden Parteien, nämlich der Verwaltung über-

82) BVerfG v. 08.08.78, E 49, 83 (135) = NJW 1979, 362.

83) Krebs, VerwA 70 (1979), 259 (271).

84) Krebs, ebd.

85) Dieses Letztentscheidungsrecht betont das BVerwG v. 10.12.69, E 34, 278 (281); ebenso aber auch Ossenbühl in Festgabe BVerwG, S. 26.

86) Das materiell Essentielle der Rechtsprechung sieht z.B. Ule, JZ 1958, 658 ff. in der Streitentscheidung; so auch Friesenhahn in FS f. Richard Thoma, S. 27 ff.; vgl. auch Paulick, DStR 1962/63, 445 (450); weitere Nachweise bei Achterberg, Funktionenlehre, S. 98 ff.

87) Jaehnicke, StuW 1979, 298; Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 225, 233; Kampe, Steuerprozeß, S. 202, 210.

lassen, wenn er ihre Interpretation seiner Entscheidung zugrunde legt und sei es auch nur in Grenzbereichen. Zum Streit über die Norminterpretation wird es ohnehin vorwiegend gerade in diesen Grenzbereichen, den Begriffshöfen⁸⁸ kommen.

Auch von der Definition der Rechtsprechung her ergibt sich dieser Schluß. Rechtsprechung kann man definieren als "Messen eines Sachverhalts an dem durch eine Rechtsnorm gebildeten Maßstab" und man kann ihren materiellen Gehalt darin sehen, daß "Uneinigkeit typisch" ist.⁸⁹ Der Richter muß das Verwaltungshandeln am Maßstab des Gesetzes messen, nicht am selbstgesetzten Maßstab der VVen, er soll die Uneinigkeit über die Norminterpretation beseitigen. Dies gilt auch und gerade bei der Ermittlung von quantitativen Grenzwerten. Die Aufgabe solcher Grenzwertbildungen ist dem Richter auch durchaus nicht fremd.⁹⁰ So hat der Zivilrichter z.B. gem. § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB die Höhe einer Leistung nach der Billigkeit zu bestimmen.

Er hat dabei die Interessenlage beider Partner abzuwägen.⁹¹ Er würde seiner Entscheidungsaufgabe nicht nachkommen, wenn er die übliche Leistungshöhe bzw. Forderungshöhe einer Partei zugrunde legen würde, oder auch nur den Wert, den eine Partei als erfahrungsgemäß üblich und billig ermittelt hat. Gerade im letzten Falle würde er die bevorzugte Partei zum Sachverständigen in eigener Sache machen. Der Richter muß einen unabhängigen Sachverständigen bestellen, wenn

88) Im Unterschied zum Begriffskern, vgl. Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 10.

89) Vgl. die Zusammenstellung der Meinungen bei Achterberg, Funktionenlehre, S. 101.

90) Vgl. aber Trzaskalik in Tipke, Grenzen der Rechtsfortbildung, S. 332, wo die Bestimmung der Anzahl der wöchentlich lohnsteuerfreien Zigaretten als unjuristisch dargestellt wird.

91) Palandt, Anm. 4b zu § 315 BGB.

er nicht selbst sachverständig ist, wenn er nicht den nötigen Überblick über Üblichkeit, Billigkeit und gängige Erfahrungswerte besitzt.⁹²

Diese zivilistischen Gedankengänge können und müssen konsequent auf den Verwaltungsprozeß übertragen werden, da die richterliche Aufgabenstellung insoweit identisch ist. Das Verwaltungsgericht darf nicht vertretbare Entscheidungen der Verwaltung hinnehmen, darf nicht die Verwaltung zum Sachverständigen in eigener Sache machen, sondern muß gegebenenfalls selbst einen unabhängigen Sachverständigen bestellen.⁹³

Man wende nicht ein, dieses Vorgehen sei nicht praktikabel. Die Praxis wird genauso aussehen müssen wie bei der Judizierung aus dem erwähnten § 315 Abs. 3 BGB,⁹⁴ dazu kommt, daß es der Verwaltung freisteht, ihre Erfahrungswerte darzulegen und zwar aufgeschlüsselt nach einzelnen Fakten. Diese müßten den Gerichten zugänglich gemacht werden,⁹⁵ so wie sie bei Erlaß der VVen auch gebündelt vorgelegt haben müssen. Die Schlußfolgerung aus diesen Werten muß aber dem Richter überlassen bleiben, der sich dabei gegebenenfalls eines unabhängigen Sachverständigen bedienen muß.

92) So geht auch der BGH in seinem Urteil v. 25.11.81, NJW 1982, 1049 (1050) davon aus, daß der Tatrichter technische Regeln und Erfahrungswerte feststellt.

93) Rupp, NJW 1969, 1273 (1278); auch Vieweg, NJW 1982, 2473 (2475) forderte diese Unabhängigkeit des Sachverständigen.

94) Wenngleich zuzugeben ist, daß dessen Anwendungshäufigkeit sehr gering sein dürfte.

95) Martens in Tipke, Grenzen der Rechtsfortbildung, S. 192 und Felix, StuW 1979, 65 (73 ff.) fordern sogar deren Publizierung.

Auch aus Gründen gleichmäßiger Rechtsanwendung kann den VVen zur Norminterpretation keine Außenwirkung zugebilligt werden. Eine Gleichheit im Unrecht gerichtlich zu dulden, ist nicht möglich, da die Verwaltung sonst mit Hilfe eines Anspruchs auf Fehlerwiederholung in der Lage wäre, die gesetzliche Ordnung aus den Angeln zu heben.⁹⁶ Für sog. "Altfälle" vor Erlass einer einschlägigen Gerichtsentscheidung mag etwas anderes gelten,⁹⁷ aber wohl eher aus Gründen der Bestandskraft von Verwaltungsakten, als aus Gründen der Gleichheit. Der von Dicke⁹⁸ angesprochene Fall, daß die Rechtswidrigkeit gerade in der Gleichheitswidrigkeit besteht, kann nur dann eintreten, wenn der Gesetzgeber es unterlassen hat, Rechte des Bürgers zu normieren, obwohl dies zu seinen Pflichten gehört.⁹⁹ Diesem rechtsstaatlichen Mangel darf aber nicht durch einen weiteren Fehler, ein zu Unrecht gewährtes "gleiches Recht", abgeholfen werden.

Die Lehre vom Beurteilungsspielraum soll hier nicht berührt werden.¹⁰⁰ Zum einen kommen dort weitere wesentliche Argumente hinzu, die die Zuerkennung solcher Entscheidungsmacht an die Verwaltung begründen, zum anderen ist diese Lehre bislang auf VVen zur Sachverhaltsermittlung nicht ausgedehnt worden. Sie werden allenfalls mittelbar über das materielle Recht betroffen.

96) Ossenbühl in Festgabe BVerwG, S. 445; Hansen, Fachliche Weisung, S. 340; Erichsen, Martens, AllgVwR, S. 184; M.-D.-H., GG, Rdnr. 179 ff. zu Art. 3 Abs. 1.

97) Ossenbühl, ebd., Fußn. 70.

98) VerwA 59 (1968), 299 (309).

99) Vgl. oben II. 2. a).

100) Wolff, VerwR I § 31 Ic 3; Bachof, JZ 1955, 97 ff.; BVerwG v. 16.12.71, E 39, 197 (203 ff.).

Damit kann den VVen zur Norminterpretation auf dem Gebiet der Sachverhaltsermittlung keine größere Bedeutung für die Gerichte zukommen als Stellungnahmen der juristischen Literatur.¹⁰¹

Richtig ist, daß jede gerichtliche Entscheidung mit Sachverstand und Überblick gefällt werden muß. Beides können die Gerichte aber nicht aus den VVen gewinnen, sondern allenfalls aus den von der Verwaltung vorzulegenden Fakten und Erwägungen, auf denen die VVen basieren.¹⁰² Normkonkretisierende VVen binden die Gerichte generell nicht.

3. Die gerichtliche Anwendung ermessenslenkender VVen, die das Verfahren der Sachverhaltsermittlung regeln.

a) Grundsatz

Der Ausgangspunkt für die Behandlung ermessenslenkender VVen wurde oben¹⁰³ bereits dargelegt: die Einräumung von Ermessen ist notwendig und legitim. Die aus dem Rechtsstaatsvorbehalt abzuleitenden Konkretisierungspflichten des Gesetzgebers¹⁰⁴ treten zugunsten einer Konkretisierungsmöglichkeit im Einzelfall für die Verwaltung zurück.¹⁰⁵ Dies haben auch die Gerichte zu beachten. In welchem Umfang sie dies tun müssen, ist nun zu untersuchen.

101) Vgl. Krebs, VerwA 70 (1979), 259 (263); Eiselt, DöV 1980, 405 (408); Jaehnicke, StuW 1979, 293 (299).

102) Vgl. dazu Martens in Tipke, Grenzen der Rechtsfortbildung, S. 192.

103) Oben II. 2b.

104) Oben II. 2a.

105) Oben II. 2b.

Die Verwaltung darf eine Ermessensnorm für den einzelnen vorliegenden Fall näher konkretisieren, d.h. sie legt zu den gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen und den gesetzlichen Rechtsfolgen weitere Tatbestandsmerkmale - etwa in den Gründen ihrer Entscheidung - fest, die sie veranlassen, eine bestimmte Rechtsfolge auszusprechen. In einem zweiten Fall, der ebenfalls die gesetzlichen und die durch die Verwaltung vorgegebenen Tatbestandsmerkmale aufweist, ist die Behörde durch Art. 3 GG gebunden, dieselbe Rechtsfolge auszusprechen, es sei denn, es liegt ein sachlicher Grund vor, nach weiteren Tatbestandsmerkmalen zu differenzieren.

Darauf baut die Konstruktion der Selbstbindung der Verwaltung auf: die Verwaltung ist danach in gleicher Weise an die von ihr erlassenen VVen gebunden.¹⁰⁶

Nach der Urform der Selbstbindungskonstruktion setzt die Selbstbindung aber wenigstens einen vorentschiedenen Fall voraus.¹⁰⁷ Zum Teil wird jedoch die Selbstbindung schon mit Erlaß der VVen angenommen.¹⁰⁸ Der Umstand, ob schon eine konkrete Verwaltungsentscheidung im Einzelfall vorlag, wird als nicht erheblich angesehen.¹⁰⁹ Die Rechtsprechung behilft sich hier mit der Denkfigur der antizipierten Verwaltungspraxis.¹¹⁰

-
- 106) BVerwG v. 16.05.57, E 5, 79 (81); v. 25.06.64, E 19, 48 (55); v. 17.02.77, NJW 1972, 1483; Wallerath, Selbstbindung, S. 49 ff.; Dicke, VerwA 59 (1968), 293 (298 ff.) unterscheidet dabei zwischen dem Willkürverbot und dem Gleichheitssatz; weitere Nachweise bei Hansen, Fachliche Weisung, S. 139, Fußn. 3.
107) Ossenbühl in Festgabe BVerwG, S. 442.
108) So schon BVerwG v. 25.06.64, E 19, 48 (55); Lanz, NJW 1960, 1797 (1798).
109) Menger, Verwaltungsrichtlinien, S. 300.
110) BVerwG v. 29.04.71, DöV 1971, 748; v. 24.03.77, E 52, 193 (199); Ossenbühl in Festgabe BVerwG, S. 442 m.w.N.

in den VVen wird die künftige beabsichtigte Verwaltungsübung vorweg bekanntgegeben. Daraus kann sich jedoch keine Bindung der Verwaltung ergeben.

Entscheidend ist nämlich, daß "der Gleichheitssatz auf die Handhabung und nicht auf den Wortlaut der Richtlinien abstellt", wie das Bundesverwaltungsgericht feststellt.¹¹¹

Der VV fehlt auch der Charakter einer Willenserklärung nach außen, sie will nur innerhalb der Verwaltung einen einheitlichen Vollzug sicherstellen.¹¹² Erst die Verwaltungsübung richtet sich auch nach außen.

Sonst kommt es eben doch zu der Einebnung zwischen VV und Gesetz,¹¹³ die der Rechtsstaatsvorbehalt nicht zuläßt. Nicht nur dogmatische, auch praktische Gesichtspunkte sprechen dafür, die Bindung an VVen nicht ohne weiteres auch auf eine Anwendung im ersten Fall auszudehnen. Der Gesetzgeber wird die Einräumung von Ermessen in einer Bestimmung dann vorsehen, wenn er die konkreten Anwendungsfälle noch nicht vollständig übersehen kann. Die VVen werden aber häufig zu einem Zeitpunkt erlassen, wo die Verwaltung auch noch keine Erfahrungen mit dem Gesetz im praktischen Vollzug sammeln konnte.¹¹⁴ Eine Fixierung auf ein starres Schema ist gerade nicht gewollt, nicht sinnvoll und oft auch nicht möglich.

111) BVerwG v. 13.07.73, E 44, 1 (6); Schmidt-Bleibtreu/Klein, Rdnr. 11 zu Art. 84 m.w.N.

112) Dicke, VerwA 59 (1968), 293 (304).

113) Ossenbühl, VVen und GG, S. 519.

114) Bull, Allg. VwR, S. 152.

Der Richter hat bei einer Ermessensentscheidung die Verletzung des Art. 3 GG zu überprüfen und ist im Rahmen dieser Prüfung gehalten, die geübte Verwaltungspraxis als Vergleichsmaßstab festzustellen. Diese Verwaltungspraxis kann nun aber an den VVen abgelesen werden. Die Vermutung spricht für ihre regelmäßige Befolgung, wenn diese nicht offensichtlich oder aufgrund besonderer Umstände ausgeschlossen ist.¹¹⁵ Freilich müssen die VVen dann eindeutig sein, um einen Schluß auf eine einheitliche Praxis zuzulassen. Eine Interpretation der VVen ist nicht möglich.¹¹⁶

Insoweit wird das eben Gesagte durch die Zulassung dieses prima-facie-Beweises wieder relativiert, die Grundgedanken bleiben jedoch bestehen.

Gravierender ist das Zugeständnis, das hier an den Vertrauensschutz gemacht werden muß. Wenn VVen veröffentlicht sind, ergeben sich die oben¹¹⁷ bereits erwähnten Parallelen zum Auskunftsrecht. Die dort¹¹⁸ dargestellten Bedenken gegen einen Vertrauensschutz greifen für den Bereich der ermessenslenkenden VVen nicht durch. Der Umfang des hier zu gewährenden Vertrauensschutzes könnte sich wohl an § 49 VwVfG orientieren. Nur § 49 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG ist insoweit nicht übertragbar, als bei einer Änderung von Rechtsvorschriften der Schutz des Vertrauens auf die dazu ergangenen VVen grundsätzlich zurücktreten muß. Gleiches gilt, wenn die Grenzen des Ermessens offensichtlich überschritten sind. Wegen der Widersprüchlichkeit der Regelungen kann sich in diesen Fällen ein Vertrauen auf die VVen nicht bilden.

115) Ossenbühl, VVen und GG, S. 559.

116) Ossenbühl, ebd.

117) Oben 1 c).

118) Oben 1 c).

Dabei sei aber nochmals betont: diese Ausnahme aufgrund Vertrauensschutzes hat einen sehr engen Anwendungsbereich. Es muß sich um ermessenslenkende VVen handeln, sie müssen veröffentlicht sein und es muß sich um den "ersten Fall" handeln, der abweichend von diesen VVen entschieden werden soll, von denen auch nicht aufgrund des ersten Anscheins angenommen werden kann, daß sie schon tatsächlich in vergleichbaren Fällen befolgt wurden.

Nur in diesem Rahmen kommt es zu einer Selbstbindung der Verwaltung, die von den Gerichten zu beachten ist.

b) Grenzen der Selbstbindung

Gemeinhin wird angenommen, daß die Selbstbindung der Verwaltung zeitlichen und räumlichen Grenzen unterliegt.¹¹⁹ Die Selbstbindung kann nicht zeitlich unbegrenzt fortbestehen. Die Verwaltung kann die von ihr geübte Praxis von einem bestimmten Zeitpunkt an ändern. Zunächst getroffene Differenzierungen können sich als unzweckmäßig herausstellen.¹²⁰ Dieser Bruch in der Verwaltungsübung ist hinzunehmen, da man das Leben nicht im status quo einfrieren kann.¹²¹

Durch diese zeitliche Grenze wird auch der eben¹²² genannte Vertrauensschutz begrenzt, da der Bürger in der Regel damit rechnen muß, daß die Verwaltung ihre Ermessensrichtlinien nicht für alle Zeit unverändert beibehält.¹²³ Dies gilt insbesondere für

119) Ossenbühl, VVen und GG, S. 539 ff.; ausführlich dazu Wallerath, Selbstbindung, S. 55 ff., 76 ff.

120) Mertens, Selbstbindung, S. 100.

121) Ossenbühl, VVen und GG, S. 541, Fußn. 275.

122) Oben a).

123) Mertens, Selbstbindung, S. 101.

Steuerrichtlinien, die u.U. nur für einen Veranlagungszeitraum Geltung haben.¹²⁴

Desgleichen bestehen räumliche Grenzen der Selbstbindung. Eine Verwaltungsübung kann auf den örtlichen Zuständigkeitsbereich einer Behörde beschränkt sein.¹²⁵

Ossenbühl¹²⁶ sieht hier die Gefahr, daß das Gleichbehandlungsgebot durch die Verwaltungsorganisation determiniert und unterlaufen wird. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß sich bei überörtlicher Selbstbindung ein unlösbares Dilemma bei entgegengesetzten Verwaltungsübungen zweier Behörden ergeben kann. Auch verbietet es die Länder- bzw. Gemeindeautonomie, daß ein Land durch seine Praxis ein anderes, eine Gemeinde eine andere bindet.¹²⁷ VVen haben in der Regel einen örtlich begrenzten Anwendungsbereich, nur in diesen Grenzen kann es auf ihrer Grundlage zu einer Selbstbindung im oben beschriebenen Sinne kommen.

Letztlich geht es aber doch wohl immer um die Frage, was ist gleich, bzw. was kann als sachlicher Differenzierungsgrund anerkannt werden. Auf der Balkenwaage ist ein Kilo Gold gleich einem Kilo Blei. Dennoch wird man den Wert dieser Gegenstände immer als sachlichen Differenzierungsgrund ansehen. Mit einer zeitlichen oder einer räumlichen Verschiedenheit deckt sich oft auch eine sachliche Verschiedenheit.¹²⁸

Nur der identische Fall ist immer "gleich" im strengen Sinne. So ist dann auch die Leistungs-

124) Vgl. oben III., 1 c); BFH v. 15.01.69, BStBl 1969 II, 310; Hoepffner, Gesetzesverdrängung, S. 171 ff.

125) OVG Hamburg v. 19.02.50, DVBl 1950, 539 (540); BVerwG v. 04.05.56, E 5, 1 (9 ff.).

126) Ossenbühl, VVen und GG, S. 539.

127) Dicke, VerwA 59 (1968), 293 (308).

128) Dicke, ebd.

grenze der Verwaltung, das Fehlen der notwendigen Mittel ein sachlicher Differenzierungsgrund,¹²⁹ da hier die Umstände auf Seiten der Verwaltung nicht gleich geblieben sind.

Damit unterliegt die Selbstbindung schlechthin "sachlichen Grenzen".¹³⁰ Diese können in zeitlichen, räumlichen oder anderen Differenzierungen liegen.

Solche weiteren Differenzierungen zwischen konkreten Einzelfällen sind häufig möglich und die Verwaltung muß die Unterschiede beachten.

Das Ermessen wurde ihr gerade zu dem Zweck eingeräumt, Einzelfallgerechtigkeit zu erzielen.¹³¹ Die Selbstbindung darf nicht so weit gehen, daß die Ausübung eines die besonderen Umstände des Einzelfalles berücksichtigenden Ermessens beseitigt wird.¹³² Schematisierungen und Typisierungen finden hier ihre Grenzen.¹³³ Der Gefahr, daß die gerechte Einzelfallentscheidung erschwert wird,¹³⁴ entgeht man jedoch, wenn man konsequent die Selbstbindung als aus dem Gleichheitssatz hergeleitet begreift, in dessen Logik der Ausnahmefall begrün-

129) Ossenbühl, VVen und GG, S. 541; Mertens, Selbstbindung, S. 101.

130) Ossenbühl, VVen und GG, S. 541; zu diesen "offenen Flanken des Gleichheitssatzes" vgl. die ausführliche Darstellung bei M.-D.-H., GG Rdnr. 22 ff. zu Art. 3 Abs. 1 GG.

131) BVerfG v. 19.04.78, E 48, 210 (222).

132) BVerwG v. 01.06.79, NJW 1980, 75; vgl. auch Obermayer, VwVfG, Rdnr. 99 zu § 40; Kirchhoff, StuW 1975, 357 (361); Scheunig, VVDStRL 40 (1982), 153 (160).

133) Mertens, Selbstbindung, S. 101.

134) Bull, Allg. VwR, S. 152.

det liegt¹³⁵ und die Herleitung aus dem Vertrauensgrundsatz in den ihr gezogenen engen Grenzen sieht.

Daraus ergeben sich zwei wesentliche Konsequenzen: ermessenslenkende VVen können nicht abschließend die Voraussetzungen festlegen, unter denen das Ermessen in der einen oder anderen Weise auszuüben ist. Weitere Differenzierungen müssen der Verwaltung immer möglich bleiben, wenn sich ein Fall als Ausnahmefall in sachlicher oder auch zeitlich, räumlicher Weise darstellt.

Umgekehrt muß dieser Spielraum von der Verwaltung aber auch genutzt werden. Gerade VVen zur Sachverhaltsermittlung, die hauptsächlich den Sinn haben, die Verwaltung zu vereinfachen,¹³⁶ führen dazu, daß der Ausnahmefall nicht genügend Beachtung findet. Dagegen kann nun gerade in Massenverfahren, die praktikabel gemacht werden müssen, nichts eingewendet werden. Sobald aber, etwa im Widerspruchsverfahren, geltend gemacht wird, daß es sich um einen Ausnahmefall handle, muß die Verwaltung genau prüfen, ob nicht sachliche Gründe für eine weitere Differenzierung im Rahmen des Ermessens sprechen. Die vom Gesetzgeber gewollte Einzelfallgerechtigkeit muß in die Praxis umgesetzt werden; dies hat dann auch der Richter wieder zu beachten.

Werden diese Konsequenzen aus der Herleitung aus dem Gleichheitssatz stets beachtet, so stellt die Selbstbindung der Verwaltung in dem hier vorgetragenen Sinne eben keine gesetzesgleiche Bindung dar.¹³⁷

135) Ossenbühl, VVen und GG, S. 520.

136) Vgl. oben I., 4.

137) Von einer normativen Kraft, die sie durch den "Zaubertrick" der Selbstbindung gewonnen hätten (vgl. Rupp, NJW 1975, 609 (615)), kann man dann nicht mehr sprechen.

c) Grenzen der Selbstbindung bei ermessenslenkenden VVen im Rahmen der Sachverhaltsermittlung

Für die Verwaltung ergeben sich bei ermessenslenkenden VVen im Rahmen der Sachverhaltsermittlung keine Besonderheiten. Die Bindung der Gerichte an diese VVen muß hier jedoch anders beurteilt werden. Die Sachverhaltsermittlung ist Sache des Richters¹³⁸ und unterliegt der vollen richterlichen Erkenntnis.¹³⁹ In Verwaltungsverfahren hat das Gericht den Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln, vgl. §§ 86 Abs. 1 VwGO, 76 Abs. 1 FGO, 103 SGG. Eine Bindung an VVen zur Sachverhaltsermittlung erscheint daher allein aus diesen Gründen in jedem Fall ausgeschlossen.

Dennoch ist die Differenzierung der VVen zur Sachverhaltsermittlung nach solchen, die das allgemeine Verfahren regeln, nach norminterpretierenden und ermessenslenkenden nicht überflüssig. Die Aussage, daß der Richter an die beiden erstgenannten Kategorien von VVen nicht gebunden ist, läßt sich nur aufgrund der oben¹⁴⁰ dargelegten Argumentation zweifelsfrei für jeden Fall zeigen. Stellt man dagegen für die Bindung der Gerichte nur auf die Unterscheidung zwischen Sachverhaltsermittlung und materiellem Recht ab, so werden dort immer Zweifel bestehen bleiben. Diese Zweifel ergeben sich daraus, daß eben diese Unterscheidung für das Verwaltungsverfahren nicht klar getroffen werden kann.¹⁴¹

138) Jesch, Gesetz und Verwaltung.

139) Jaehnicke, StuW 1979, 293 (302).

140) Oben 1. und 2.

141) Vgl. oben I., 5.

Für die VVen, die im Rahmen von Ermessensvorschriften ergangen sind, ergeben sich diesbezüglich dagegen keine Schwierigkeiten. Natürlich gilt auch hier, daß die Gerichte den Sachverhalt von Amts wegen aufzuklären haben. Soweit sie aber darüber urteilen, ob eine Verwaltungsentscheidung rechtswidrig oder rechtmäßig war, haben sie nur darüber zu befinden, ob die Behörde den ihr eingeräumten Ermessensspielraum eingehalten hat, insbesondere die in den VVen zum Ausdruck kommende zulässige Verwaltungspraxis im Sinne der Gleichbehandlung berücksichtigt hat, unabhängig davon, ob es sich um eine Ermessensnorm des materiellen oder des formellen Rechts handelt. Insofern korrespondiert die normative Determinierung von administrativen und judikativen Entscheidungen.¹⁴² Wo die Rechtsnormen der Verwaltung einen Ermessensspielraum gewähren und die Behörde ihren Spielraum nicht überschreitet, gibt es für die Gerichte nichts zu korrigieren,¹⁴³ das gilt auch für das Verfahren.

Die Rechtmäßigkeit und Vollständigkeit der behördlichen Sachverhaltsermittlung hat das Gericht dann nicht näher aufgrund eigener Ermittlungen zu überprüfen, wenn der Verwaltung insoweit ein Ermessensspielraum eingeräumt ist. Dem Verwaltungsverfahren dürfen die Gerichte in diesen Fällen nicht vorgrei-

142) Breuer, AöR 101 (1976), 46 (71).

143) Breuer, AöR 101 (1976), 46 (71).

fen, ihre Kontrolle ist hier zurückgedrängt.¹⁴⁴
Damit bleibt aber die Bindung der Gerichte an er-
messenslenkende VVen des materiellen wie des for-
mellen Rechts die gleiche. Die Unterscheidung braucht
nicht getroffen zu werden.

Auf diesem Hintergrund lassen sich nun Einzelfälle
nach derzeit geltendem Recht entscheiden.

IV. Die Bindungswirkung spezieller Gruppen von
VVen zur Sachverhaltsermittlung für die Ge-
richte

Obige Darlegungen lassen sich im Ergebnis dahingehend
zusammenfassen, daß ausgehend vom Rechtsstaatsvorbe-
halt auch im Rahmen der Sachverhaltsermittlung nur
ermessenslenkende VVen für die Gerichte beachtlich
sind, soweit die Verwaltung aus Gründen der Gleich-
behandlung an sie gebunden ist.

Im Einzelfall kann es also nur darauf ankommen, ob
der Verwaltung für das Verfahren bei der Sachverhalts-
ermittlung ein Ermessen eingeräumt ist. Es kommt also
maßgeblich auf die Einordnung als ermessenslenkende
VV an. Dies sollte nun anhand von Einzelfällen ge-
prüft werden. Die bereits eingangs erwähnte Klassifi-
zierung der VVen zur Sachverhaltsermittlung¹ soll
dabei beibehalten werden, da für diese Gruppen von
VVen jeweils gleiche Argumente vorgebracht werden,
die eine weitergehende Bindung der Gerichte recht-
fertigen sollen.

144) Kopp, VwGO, Rdnr. 32 zu § 113; ders. BayVB1
1983, 673 (677); VGH München v. 12.04.65,
BayVB1 1966, 210 (211); Eyermann/Fröhler, VwGO,
Rdnr. 62a zu § 113; Redecker/von Oertzen, VwGO,
Rdnr. 20 zu § 113; Ossenbühl, VVen und GG. S. 549.

1) Vgl. oben I.4.

1. Allgemeine Verfahrensvorschriften

Das Bundesverfassungsgericht geht in seiner Entscheidung vom 06.05.1958² davon aus, daß die Verwaltung durch § 346 des Lastenausgleichsgesetzes (LAG)³ ermächtigt werden kann, durch VVen das Verfahren, insbesondere auch das verwaltungsrechtliche Vorverfahren abweichend von den gesetzlichen Regelungen zu bestimmen. § 346 Abs. 1 Satz 1 LAG bestimmt: "Der Präsident des Bundesausgleichsamtes kann nach Maßgabe des § 319 Abs. 2 Satz 1 das Verfahren abweichend von den Vorschriften des § 345 regeln."

Das Bundesverfassungsgericht stellt zunächst fest, daß § 346 LAG keine Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen enthält. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut der Vorschrift, einem Vergleich mit anderen Vorschriften des LAG, sowie seiner Entstehungsgeschichte.⁴

Weiter geht das Bundesverfassungsgericht nun aber davon aus, daß für den hier interessierenden Bereich kein Gesetzesvorbehalt besteht: eine ausdrückliche Vorschrift des Grundgesetzes, die eine Regelung des Verwaltungsaufbaues, der Behördenzuständigkeit oder des Verwaltungsverfahrens durch Gesetz fordert, fehlt; auch der Gesichtspunkt des Rechtsschutzes macht es nicht notwendig, einen Gesetzesvorbehalt für die hier behandelten Sachgebiete anzunehmen.⁵ Eine durchgehende gesetzliche Normierung muß nicht bestehen.⁶

2) BVerfGE 8, 155.

3) Vom 14.08.52, BGBl I S. 446, damals in der Fassung der Änderung vom 27.07.57 (BGBl I S. 1207), Neufassung vom 01.10.1969 (BGBl I S. 1909), zuletzt geändert durch Gesetz vom 20.12.1982 (BGBl I S. 1857).

4) Vgl. BVerfG a.a.O. S. 164

5) BVerfG a.a.O. S. 165 ff.

6) BVerfG a.a.O. S. 168.

Das besagt aber nur, daß keine gesetzgeberische Pflichtaufgabe vorliegt.⁷ Man kann davon ausgehen, daß das materielle Recht des Lastenausgleichs im übrigen kompakt genug ist, um justitiabel zu sein, um die Rechte und Pflichten des Einzelnen genau genug festzulegen, so daß grundrechtswidrige und gleichheitswidrige Bevorzugungen oder Benachteiligungen nicht möglich sind. Dem Gesetzgeber steht es frei, ob er noch genauere Regelungen auch für das Verfahren festlegt.

Das schließt aber nicht aus, daß die Regelungen dem Gesetzesvorbehalt unterfallen: die Verwaltung kann sie nicht mit Außenwirkung treffen, der Bürger kann aus entsprechenden VVen keine Rechte und Pflichten herleiten.

Die Bedenken von Krebs,⁸ daß dieser Bereich dann "rechtsfrei" wäre, sind nicht begründet. Es ist hier nur deshalb möglich, eine außenwirksame Regelung ganz zu unterlassen, weil das Gesetz eben im übrigen kompakt genug ist, um justitiabel zu sein. Ergäben sich im konkreten Fall aus dieser "Rechtsfreiheit" Bedenken im Hinblick auf die Durchsetzung von Grundrechten oder auf den Gleichheitssatz, so müßte man eine gesetzgeberische Pflichtaufgabe annehmen. In jedem Fall bliebe es der Verwaltung aber unmöglich, selbst eine außenwirksame Regelung zu treffen.

7) Vgl. oben II. 2a)

8) VerwA 70 (1979), 259 (265); vgl. auch oben II. 1g) dd).

Hier ist jedoch noch ein Weiteres zu bedenken: das Gesetz selbst ermächtigt die Verwaltung zu einer Regelung. Das Bundesverfassungsgericht führt hierzu aus, daß es dem Gesetzgeber frei stehe, die Anwendbarkeit einer Vorschrift dadurch zu beschränken, daß er ihr eine Subsidiarität gegenüber bestimmten staatlichen Willensäußerungen niedrigeren Ranges anerkennt. Eine Grenze liege nur dort, wo sich eine Gewichtsverschiebung zwischen gesetzgebender Gewalt und Verwaltung ergebe. Der Gesetzgeber erkenne hier nur die Befugnis der Verwaltung an, Verfahrensfragen durch allgemeine VVen zu regeln. Dies sei zwar eine ungewohnte Erscheinung, führe aber nicht zu einer unerträglichen Beeinträchtigung der Rechtssicherheit.⁹

In der Tat ist nach dem oben Gesagten die Regelung des Verfahrens nur eine freiwillige Aufgabe des Gesetzgebers. Da es ihm freisteht, die Materie gar nicht zu regeln, wird man ihm auch zugestehen müssen, die Anwendung der dennoch gesetzten Regelungen wieder einzuschränken, wenn die Verwaltung ein anderes *procedere* vorzieht. Zu einer Gewichtsverschiebung zwischen gesetzgebender Gewalt und Verwaltung käme es erst, wenn der Gesetzgeber eine ihm aufgetragene Pflichtaufgabe zum Erlaß einer Regelung der Verwaltung überlassen würde. Die daraufhin erlassenen VVen erfahren aber trotz der ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung keine weitere Außenwirkung. Aus ihnen können für den Bürger vom Gericht keine Rechte und Pflichten hergeleitet werden.

9) BVerfG a.a.O., S. 170 ff.

Schwierigkeiten kann dann allenfalls die subsidiäre Geltung des § 345 LAG bereiten. Soweit keine VVen nach § 346 LAG erlassen sind, kann die Regelung des § 345 LAG für die Gerichte einen Maßstab für die Rechte und Pflichten des Bürgers bilden. Sind VVen erlassen, so ist das negative Tatbestandsmerkmal des § 345 LAG erfüllt, seine Rechtsfolgen treten in dem Umfang nicht ein, in dem er durch die VVen verdrängt wird. Durch diese besondere gesetzgeberische Konstruktion ergibt sich so eine mittelbare - rein negative - Beachtlichkeit der VVen für die Gerichte: sie können Rechte und Pflichten des Bürgers (aus § 345 LAG) aufheben, da diese nach dem Willen des Gesetzgebers nur dann Maßstab für eine gerichtliche Entscheidung sein sollen, wenn die Verwaltung nicht ein anderes Verfahren für zweckmäßiger hält.

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 28. Oktober 1975¹⁰ befaßt sich mit VVen, die zu § 24 Abs. 2 EGGVG ergangen sind. Dieser bestimmt:

"Soweit Maßnahmen der Justiz- oder Vollzugsbehörden der Beschwerde oder einem anderen förmlichen Rechtsbehelf im Verwaltungsverfahren unterliegen, kann der Antrag auf gerichtliche Entscheidung erst nach vorausgegangenem Beschwerdeverfahren gestellt werden."

Das Ob und Wie eines solchen Vorverfahrens hat der Bund damit den Ländern vorbehalten; sie sind auch darin frei, in welcher Form sie ein solches Vorverfahren einführen wollen.¹¹

10) BVerfGE 40, 237 ff.

11) BVerfG a.a.O., S. 247.

Soweit aber für den Bürger daraus Rechte und Pflichten herleitbar sein sollen, genügt die Form der VV nicht. Der Vorbehalt des Gesetzes, verstanden als Rechtsstaatsvorbehalt, steht entgegen.¹²

Die einzige Durchbrechung des Rechtsstaatsvorbehalts, eine Ermessenseinräumung für die Verwaltung liegt nicht vor. Eine daran anlehrende Konstruktion entwirft das Bundesverfassungsgericht wohl mit der Formulierung, daß die "grundlegende Entscheidung, daß ein verwaltungsrechtliches Vorverfahren vorgesehen werden kann, ... der Gesetzgeber in § 24 Abs. 2 EGGVG getroffen" hat,¹³ und daß den VVen nur die "nähere Ausgestaltung" überlassen bleibt.¹⁴ Auch erwähnt das Bundesverfassungsgericht in diesem Zusammenhang die Selbstbindungskonstruktion.¹⁵

Eine Ermessenseinräumung, die sich auf eine Vielzahl von Fällen bezieht und durch eine allgemeine Verwaltungsregelung ausgefüllt werden könnte, ist nicht möglich. Sie kann immer nur auf den Vollzug im Einzelfall bezogen sein.¹⁶

Wollen die Länder eine entsprechende Regelung eines Vorverfahrens mit bindender Wirkung auch für Bürger und Gerichte treffen, müssen sie dies in Gesetzesform tun. Daraus, daß der Zweck dieser VVen, jedem Beschwerdeführer in gleicher Weise ein subjektives Recht auf Prüfung seiner Beschwerde zu gewähren,

12) A.A. BVerfG a.a.O., S. 248 ff.

13) BVerfG a.a.O., S. 250 ff.

14) Ebd.

15) BVerfG a.a.O., S. 254.

16) Vgl. oben II. 2 b.

nur dann erreicht werden kann, wenn diesen allgemeine Verbindlichkeit zukommt, kann nicht umgekehrt darauf geschlossen werden, daß sie deshalb auch wie eine Norm des objektiven Rechts angewendet werden müßten.¹⁷

2. Pauschalierungen und Typisierungen

Gerade das Steuerrecht bietet viele pauschalierende und typisierende¹⁸ VVen, z.B. Bestimmungen über die Anerkennung von Verpflegungsmehraufwendungen und Reisekosten,¹⁹ über Durchschnittssätze für die Besteuerung nicht buchführender Land- und Forstwirte, über Pauschbeträge für den Unterhalt mittelloser Angehöriger, für die auswärtige Unterbringung von Kindern oder über die Beschäftigung von Hausgehilfinnen.²⁰ Die zentrale Frage in diesbezüglichen Rechtsstreitigkeiten ist immer wieder, inwieweit das Gericht VVen anwenden darf, die doch auf Erfahrungen der Verwaltung²¹ beruhen, die das Gericht im Laufe eines Rechtsstreits nicht erwerben kann.

Soweit die typisierenden und pauschalierenden VVen nur eine Methode der Normauslegung darstellen, kommt eine Anwendung durch die Gerichte nicht in Betracht.

17) So aber BVerfG a.a.O., S. 255.

18) Zum Begriff vgl. Isensee, Die typisierende Verwaltung, S. 34 ff.

19) Vgl. dazu BFH v. 14.04.67, BStBl III, 430 (431); v. 15.12.67, BStBl 1968 II, 126; v. 02.02.68, BStBl II, 430 (431); v. 20.12.71, E 104, 217 (219); v. 29.11.74, E 114, 425 (427 ff.).

20) Bsp. nach Kampe, Steuerprozeß, S. 120 ff. m.w.N. zur Rechtsprechung.

21) Vgl. Trzaskalik in Tipke, Grenzen der Rechtsfortbildung, S. 331.

Die Verwaltung kann nicht selbst die Maßstäbe dafür setzen, was etwa unter "Werbungskosten" zu verstehen sei.²²

Tatbestand und Sachverhalt sind jedoch einander zugeordnete Begriffsgebilde und in gewisser Weise konvertibel. Die typisierende Betrachtungsweise dieser VVen läßt sich daher ebenso als Methode der Normauslegung wie als Methode der Sachverhaltsfeststellung sehen.²³

Unter diesem Aspekt kommt das Bundesverwaltungsgericht²⁴ dazu, VVen, die aufgrund von § 48 BImSchG erlassen wurden, als "antizipiertes Sachverständigengutachten" anzusehen.²⁵ Das Gericht geht dabei auch davon aus, daß diese bestimmte Immissionsgrenzwerte pauschal festsetzende VV²⁶ für die Gerichte mangels normativer Geltung keine bindende Auslegung des Begriffs der zulässigen schädlichen Umwelteinwirkungen im Sinne des § 5 BImSchG festlegen kann. Wegen des naturwissenschaftlich fundierten fachlichen Aussagegehalts, sei sie dennoch als antizipiertes Sachverständigengutachten für die Gerichte bedeutsam.²⁷ Dabei wird insbesondere auf das besonders geregelte Verfahren zum Erlaß dieser VV verwiesen.²⁸

22) Zu den norminterpretierenden VVen vgl. oben III. 2.

23) Isensee, Die typisierende Verwaltung, S. 65.

24) Urteil v. 17.02.78, E 55, 250 (256) = DöV 1978, 559 (560); Scheuner, VVDStRL 40 (1982), 153 (161).

25) Das Gericht folgt damit Breuer, DVBl 1978, 28 (34 ff.).

26) In diesem Fall die technische Anleitung zur Reinerhaltung der Luft - TA Luft in der Fassung vom 28.08.74, GMBL, S. 426.

27) Vgl. Sommer, DöV 1983, 754 (760); so auch BayVGH v. 10.01.1983, BayVBl 1983, 530 (531) zur Technischen Anleitung zum Schutz gegen Lärm - TA Lärm v. 16.07.1968 (Beilage zum Bundesanzeiger Nr. 137 vom 26.07.1968).

28) BVerwG a.a.O.; Raschauer, VVDStRL 40 (1982), 240 (270) spricht in diesem Zusammenhang von Legitimationsbehauptungen eigener Art, die das Gesetz verdrängen oder scheinbar ersetzen können.

Damit macht das Gericht eine Partei zum Sachverständigen in eigener Sache. Das ist aber im Verwaltungsprozeß ebenso wie im Zivilprozeß unzulässig,²⁹ da es gegen die Unparteilichkeit und Waffengleichheit im Prozeß verstoßen würde. Für diesen "Sachverständigen" bestünde ein Ablehnungsgrund,³⁰ da insoweit die Staatsverwaltung als Einheit anzusehen ist, auch wenn im Einzelfall die den immissionsrechtlichen Verwaltungsakt erlassende Behörde nicht identisch ist mit dem die VVen aufstellenden Gremium.

Auch im Rahmen der Sachverhaltsermittlung können diese VVen für die Gerichte nur dann Bedeutung gewinnen, wenn der Verwaltung für diese Art der Sachverhaltsermittlung durch Typisierungen und Pauschalierungen ein Ermessen zusteht.³¹ Ein solches Ermessen ist der Verwaltung z.B. in § 24 Abs. 1 Satz 2 VwVfG eingeräumt.³² Die Behörde ist zwar grundsätzlich zu einer umfassenden Aufklärung des für die Entscheidung erheblichen Sachverhalts verpflichtet, § 24 VwVfG überläßt es aber dem pflichtgemäßen Ermessen der Behörde, welches Mittel sie zur Erforschung des Sachverhalts anwendet.³³ Sie kann also auch z.B. die sachverständige Begutachtung der Schädlichkeit von Umwelteinflüssen nur einmal für alle Fälle im voraus durchführen und dann im Einzelfall die Ermittlungen entsprechend früher abbrechen und stattdessen auf dieses antizipierte Gutachten verweisen. Genauso kann die Verwaltung die nach ihrer Erfahrung typischen Fälle ein

29) Vgl. oben III 2., S. 106 und III 3a).

30) Vgl. § 98 VwGO i.V.m. §§ 406 Abs. 1, 41 Nr. 1 ZPO.

31) Vgl. oben III 3a).

32) Entsprechend auch im § 88 Abs. 1 Satz 2 AO; vgl. auch Möllinger in Tipke, Grenzen der Rechtsfortbildung, § 356.

33) Kopp, VwVfG Rdnr. 6 zu § 24; Obermayer, VwVfG Rdnr. 44, f zu § 24.

für alle Mal in VVen zusammenstellen, um im Einzelfall die Ermittlungen dann entsprechend früher abubrechen und auf diese antizipiert aufgestellten Erfahrungen zurückzugreifen und auf deren Grundlage nach den Grundsätzen des Beweises des ersten Anscheins zu entscheiden.³⁴ So kann sich auch die Steuerverwaltung etwa darauf beschränken, zu ermitteln, ob ein 60-jähriger Steuerpflichtiger eine Haushaltshilfe beschäftigt hat und aus diesem Sachverhalt prima facie schließen, daß ihm daraus außergewöhnliche Belastungen in Höhe von mindestens 600,-- DM entstanden sind, auch wenn dies nicht im einzelnen nachgewiesen werden kann.³⁵

Betrachtet man die pauschalierenden und typisierenden VVen unter diesem Gesichtspunkt, so haben sie für die Gerichte insoweit Bedeutung, als die Verwaltung dann gehalten ist, die Art. ihrer Ermittlungen immer gleich zu gestalten. Wenn pauschalierende und typisierende VVen vorliegen, ist die Verwaltung gehalten, bei ihren Ermittlungen auch regelmäßig auf diese zurückzugreifen. Dieses hat das Gericht zu prüfen; soweit die Verwaltung ihre Ermittlungen aber nach pflichtgemäßem Ermessen (§ 24 Abs. 1 VwVfG) vorgenommen hat, ist für das Gericht kein Anlaß zu weiterer Sachverhaltsaufklärung gegeben.³⁶

Soweit dann aber auch die Würdigung des so festgestellten Sachverhalts in Streit steht, ist das Gericht wieder frei. Es kann einen anderen Kausal-

34) Ossenbühl, VVen und GG, S. 348.

35) Nr. 191a Abs. 3 Satz 2 EStR 1981 (in der Fassung v. 07.04.1982, BStBl Sondernummer 1) i.V.m. dem Schreiben des BMF v. 22.02.1983 (BStBl I, S. 250).

36) Vallenddar, D8V 1978, 564 (565) in einer Anm. zu BVerwG v. 17.02.78, D8V 1978, 559.

verlauf aus dem sich nach dem ersten Anschein festgestellten Sachverhalt folgern.³⁷ Wenn die Verwaltung ihre Erfahrungswerte vorlegen kann, ist es dem Richter selbstverständlich unbenommen, aufgrund eigener Sachkunde oder mit Hilfe von Sachverständigen aus dem im Einzelfall dargelegten ersten Anschein, denselben Schluß auf einen bestimmten Kausalverlauf zu ziehen wie die Verwaltung.

Kommt das Gericht jedoch zu einem anderen Schluß, kann sich der Bürger nicht auf Vertrauensschutz berufen; der prima-facie-Beweis unterfällt der freien Beweiswürdigung des Gerichts.³⁸

Soweit die Pauschale jedoch zu Gunsten des Bürgers wirkt, wird es nicht zu einem Verwaltungsprozeß kommen; wirkt sie zu seinen Lasten, bleibt ihm die Möglichkeit des Erschütterungsbeweises, also der Nachweis der Möglichkeit eines atypischen Geschehensablaufs.³⁹ Die pauschalierenden und typisierenden VVen haben daher für die Gerichte eine in zweifacher Hinsicht nur mittelbare Bedeutung. Zum einen kann das Gericht aus ihrer Existenz auf die Art der Sachverhaltsermittlung schließen. Das Gericht hat daraufhin die Gleichmäßigkeit der Ermessensausübung in Bezug auf die Art der Sachverhaltsermittlung zu überprüfen. Zum anderen läßt auch die Existenz dieser VVen wiederum nur den Be-

37) Zum Beweis des ersten Anscheins im öffentlichen Recht vgl. Wennrich, Die typisierende Betrachtungsweise, S. 28 und Hübschmann, Hepp, Spitaler, AO, Rdnr. 134 zu § 88 AO.

38) Der prima-facie-Beweis ist nach ganz h.M. nur eine Regel der Beweiswürdigung, Thomas/Putzo, ZPO, Anm. 4 zu § 286; Baumbach, Lauterbach, ZPO, § 286 Anh. 3 B.

39) Papier, Gesetzesvorbehalt, S. 209.

weis des ersten Anscheins zu, daß die Verwaltung diese auch in der Regel beachtet, d.h. nur bis zu einem gewissen Punkt individuell den Sachverhalt ermittelt, sich dann aber auf die VVen verläßt.⁴⁰

Die Bedeutung der typisierenden und pauschalierenden VVen für die Gerichte nach dem oben Gesagten muß sogar noch weiter relativiert werden. Die Verwaltung muß die Sachverhaltsermittlung nur dann immer in gleichbleibender Weise durchführen, wenn nicht besondere Umstände des Einzelfalles eine abweichende Ausübung des im Bezug auf die Art der Sachverhaltsermittlung eingeräumten Ermessens erfordern.⁴¹ Auch hier darf das Ermessen nicht in der Richtlinie erstarren, um seinen Sinn nicht zu verlieren.⁴²

So kann die Einlegung eines Widerspruchs mit der schlüssigen Begründung, daß im vorliegenden Fall eine individuelle Feststellung des Sachverhalts erforderlich sei, eine entsprechende verfahrensmäßige Sonderbehandlung rechtfertigen. Das Gericht hat also insoweit die pflichtgemäße Ermessensausübung durch die Verwaltung zu überprüfen; eine weitergehende Bedeutung haben die pauschalierenden und typisierenden VVen nicht. Insbesondere können sie für das Gericht nicht Grundlage für einen prima-facie-Beweis in Bezug auf die materiell-rechtliche Entscheidung sein, solange die ihnen - angeblich - zugrundeliegenden Einzelbeobachtungen nicht verifizierbar sind.⁴³

40) Vgl. oben III 3a).

41) Klein, Gleichheitssatz, S. 178; Ossenbühl, VVen und GG, S. 523; BVerwG v. 01.06.79, NJW 1980, 75.

42) Trzaskalik in Tipke, Grenzen der Rechtsfortbildung, S. 322.

43) Jaehnicke, StuW 1979, 283 (303); vgl. auch Schiffbauer, StBJb 1953/54, 177 (205); a.A. Rittstieg, NJW 1983, 1098 (1100).

Wenn die Bedeutung dieser VVen aber so gering ist, stellt sich wieder die Frage, ob eine gerichtliche Überprüfung dann noch praktikabel ist. Grundsätzlich kann hier auf das bereits früher Dargelegte⁴⁴ verwiesen werden. In dem speziellen Fall der Festlegung von Immissionsgrenzwerten für den oben genannten Beispielfall, kann wohl die Festlegung durch Rechtsverordnung als praktikable Lösung angesehen werden. Solche Rechtsverordnungen würden ebenso wie die VVen nach § 48 BImSchG von der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates nach Anhörung der beteiligten Kreise (§ 51 BImSchG) erlassen werden können. Sie erforderten mithin kein kompliziertes Verfahren, übten jedoch eine unmittelbare normative Bindungswirkung aus.⁴⁵

Diese Rechtsverordnungen müßten zwar auch wieder am Gesetz auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft werden, diese Prüfung muß aber nicht so detailliert sein. Eine Rechtsverordnung kann in dem Rahmen von Inhalt, Zweck und Ausmaß der gesetzlichen Ermächtigung selbst konstitutive Wirkung haben.⁴⁶ So dürfte es wohl ausreichen, den jeweiligen Stand der naturwissenschaftlichen und technischen Erkenntnisse nur als Orientierungsrahmen in der gesetzlichen Ermächtigung vorzugeben.

44) Vgl. oben II. 1g) gg) und III. 1d).

45) So auch Breuer, DVBl 1978, 28 (37); vgl. auch Steinberg, DöV 1982, 619 (631).

46) Breuer, DVBl 1978, 598 (601).

Auch wenn es den Gerichten versagt werden muß, steuerrechtliche Pauschalierungen und Typisierungen in VVen einfach anzuwenden oder als Grundlage für den Anscheinsbeweis heranzuziehen, kann das gerichtliche Verfahren doch praktikabel bleiben. Soweit diesen Pauschalierungen und Typisierungen Erfahrungswerte der Verwaltung zugrunde liegen, müssen diese den Gerichten nachgewiesen werden, wenn es für das Urteil ermöglicht werden soll, selbst prima facie auf einen bestimmten Kausalverlauf zu schließen. Dies mag zu Erschwerungen führen, ist aber aus rechtsstaatlichen Gründen unumgänglich.⁴⁷

Soweit die in VVen festgeschriebenen Pauschalierungen aber auch von der Verwaltung nur gegriffene Größen darstellen, und die Typisierungen nur der allgemeinen Lebenserfahrung entnommen sind,⁴⁸ ist zum einen eine genauere gerichtliche Überprüfung nur allzu angebracht. Zum anderen kann und muß das Gericht dann in freier Beweiswürdigung selbst die Schlüsse aus dem nach dem ersten Anschein vorgetragenen Sachverhalt ziehen. Dabei muß es u.U. auch in Kauf nehmen, daß eine fragwürdige Entscheidung der Verwaltung durch eine ebenso fragwürdige des Gerichts ersetzt wird.⁴⁹

47) Rittstieg, NJW 83, 1098 (1099) betont hier zu Recht, daß es dem Gericht andernfalls nicht möglich ist zu beurteilen, inwieweit z.B. bestimmte Emissionsgrenzwerte Ausdruck technischen Sachverständs, ökonomischer Rentabilitätsabwägungen oder umweltpolitischer Wertungen sind.

48) Soweit die VVen also nicht Aufzeichnungen des Erfahrungsschatzes der Verwaltung darstellen, sondern Entwürfe für ein Vollzugsprogramm etwa zu einem neuen Gesetz, vgl. dazu Raschauer VVDStRL 40 (1982), 240 (263); Haueisen, NJW 1973, 641 (644).

49) Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 10; ders. BB 1976, 446 (447).

Das Gericht muß dabei u.U. selbst zu einer Grenzwertfestsetzung kommen, was aber durchaus zu seinen Aufgaben gehört.⁵⁰ Vertrauensschutz ist nicht möglich, will man nicht das Postulat der freien Beweiswürdigung aufgeben.

3. Die Grundsätze zur Neuordnung der Finanzämter und zur Neuordnung des Besteuerungsverfahrens (GNOFÄ) und der Bankenerlaß

Auch die GNOFÄ⁵¹ sind in diesem Zusammenhang zu sehen. Sie schreiben selbst den Umfang und die Art der Sachverhaltsermittlung vor. Damit füllen sie den in § 88 AO vorgegebenen Ermessensspielraum aus. Der Umfang der Ermittlungspflicht des Finanzamtes wird in ihnen differenziert festgelegt. Diese Differenzierungen sind allerdings sicher nicht ausreichend. Im Rahmen dieses Ermessens sind verschiedene Gesichtspunkte gegeneinander abzuwägen, vor allem die Schlüssigkeit und Glaubwürdigkeit der Angaben, die Schwierigkeit der einschlägigen Rechtsfragen sowie der Arbeitsaufwand zur Klärung des Sachverhalts und sein Verhältnis zum steuerlichen Erfolg.⁵²

Soweit nach den GNOFÄ die Steuerverwaltung angewiesen wird, die Sachverhaltsermittlung allein auf Angaben des Steuerpflichtigen zu beschränken,⁵³ wird

50) Vgl. oben III. 2.

51) Gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 16.02.1976 (BStBl I S. 88), Neufassung v. 04.03.1981 (BStBl I S. 270).

52) Strassl, DStR 1977, 147 (149).

53) Vgl. Nr. 2.1 GNOFÄ: "Arbeitnehmerfälle werden überschlägig geprüft."

einseitig auf den Gesichtspunkt des erforderlichen Arbeitsaufwandes abstellt. Ob dies ein zulässiger Gesichtspunkt ist, ist ohnehin umstritten.⁵⁴

Für den Bereich der Steuerverwaltung ist dies jedoch in gewissem Umfang anzunehmen, da der Arbeitsanfall anders nicht sinnvoll zu bewältigen ist, und der Gesetzesvollzug unmöglich wird. Alleiniger Gesichtspunkt darf aber die Arbeitsökonomie nicht bleiben. Zeigen sich schon im Rahmen der Ermittlungen irgendwelche Besonderheiten, ist die Verwaltung verpflichtet, das ihr im Hinblick auf den Umfang der Ermittlungen zustehende Ermessen dahingehend auszuüben, daß sie gegebenenfalls eingehendere Ermittlungen anstellt.

Dabei ist sie natürlich in Bezug auf die Festsetzung der Schwelle, von der an sie einen Fall als außergewöhnlich ansieht, weitgehend frei. Es wäre nur unzulässig, schematisch nach den GNOFÄ zu verfahren und nicht zu erkennen, daß hier noch ein Spielraum eingeräumt ist.⁵⁵

Die Gerichte werden sich in der Regel nicht mit dieser Frage zu beschäftigen haben. Dies aber nicht etwa, weil die GNOFÄ "für den Bürger keine Rechte und Pflichten" schafft.⁵⁶ Im Rahmen der Selbstbindung können sie für den Bürger auch gerichtlich

54) Auch kostspielige und zeitraubende Ermittlungen dürfen nicht unterlassen werden nach Meinung von Ule, VerwA 114 (1971), 127 (131); Kopp, VwVfG, Rdnr. 8 zu § 24, vgl. auch BVerwG v. 07.11.62, E 15, 119 (126); a.A. Berg. Vw 1976, 161 (178); Stelkens, Bonk, Leonhardt, VwVfG, Rdnr. 9 zu § 24; Obermayer, VwVfG, Rdnr. 31, 35 zu § 24; Wolff, VerwR III, § 156 IV c 3; Hübschmann, Hepp, Spitaler, AO Rdnr. 54 ff zu § 88 AO.

55) Vgl. oben III. 3. b).

56) So BVerfG v. 29.09.78, BStBl 1978 II, S. 616.

durchsetzbare Rechte im Hinblick auf die Art und den Umfang der Sachverhaltsermittlung schaffen. Da die GNOFÄ selbst jedoch eher dazu tendieren, die Stellung des Bürgers zu stärken, indem sie in mehr oder weniger großem Umfang seine Angaben bedingt durch die organisatorische Struktur der Finanzämter zur Grundlage der Sachverhaltsermittlung machen, wird für eine Klage insoweit in aller Regel das Rechtsschutzbedürfnis fehlen. Zu einer finanzgerichtlichen Überprüfung derartiger Begünstigungen kommt es nur dann, wenn sich die Behörde im Einzelfall nicht an die VV hält oder wenn um einen Punkt gestritten wird, für den diese Begünstigung eine rechtliche Vorfrage darstellt.⁵⁷

In diesem Zusammenhang soll auch der sog. "Bankenerlaß"⁵⁸ nicht unerwähnt bleiben. Bezieher von Zinseinkünften brauchen aufgrund dieser Bestimmungen nicht ernstlich mit einer Überprüfung ihrer diesbezüglichen Angaben in der Steuererklärung zu rechnen und geben ihre Kapitaleinkünfte nur ausnahmsweise (vollständig) an. Das materielle Steuerrecht läuft damit in diesem Sektor weitgehend leer.⁵⁹ Es verlangt, Steuern auch aus Einkünften aus Kapitalvermögen zu erheben, ohne daß der Steuerverwaltung hier ein Ermessensspielraum eingeräumt wäre. Der Erlaß kann daher allenfalls als Regelung der Sachverhaltsermittlung verstanden werden. Es handelt sich nicht um eine VV zur Interpretation einer gesetzlichen Vorschrift über die Sachverhaltsermittlung; eine entsprechende gesetzliche Regelung gibt es nicht. Aber auch wenn man den Bankenerlaß als VV zur Regelung des in § 88 AO eingeräumten Ermessens

57) Martens in Tipke, Grenzen der Rechtsfortbildung, S. 205, Fußn. 234.

58) Neufassung vom 31.08.1979, BStBl I, 590.

59) Martens in Tipke, Grenzen der Rechtsfortbildung, S. 205.

auffaßt, so wird doch der dort vorgegebene Ermessensspielraum in jedem Fall⁶⁰ überschritten. Die Verwaltung kann Art und Umfang der Ermittlungen bestimmen; damit ist ihr aber nicht die Befugnis eingeräumt, grundsätzlich - und sei es auch nur auf dem Teilgebiet der Einkünfte aus Kapitalvermögen - die "Sachverhaltsermittlung" auf die Kenntnisnahme der Angaben des Steuerpflichtigen zu beschränken. Ein Gericht hätte diese Ermessensausübung als fehlerhaft zu beanstanden. Der Bankenerlaß wäre für die Gerichte schon deshalb nicht bindend, da er nicht einen Ermessensspielraum ausfüllt, sondern zu einer Ermessensüberschreitung führt. Wendet die Verwaltung den Bankenerlaß im Einzelfall nicht an, kann sich der Steuerpflichtige nicht darauf berufen; es wäre ein Berufen auf Gleichheit im Unrecht. Das Korrektiv der Gerichtskontrolle wird jedoch auch hier nur selten zum Tragen kommen, da es sich um eine den Steuerpflichtigen begünstigende VV handelt.

60) Unabhängig davon für wie weitgehend man diesen Ermessensspielraum hält; vgl. die Zusammenstellung der Meinungen oben Fußn. 54.

4. Schätzungsrichtlinien

Der BFH stellt in seinen Urteilen zu den Schätzungsrichtlinien zunächst klar, daß diese keine Rechtsnormen sind und daher die Gerichte nicht binden.⁶¹ Er nimmt dann aber an, daß sie aus Gründen der Gleichbehandlung auch von den Steuergerichten zu beachten seien, solange sie im Einzelfall offensichtlich nicht zu falschen Ergebnissen führen.

Ausgangspunkt der Überlegungen zu den Schätzungsrichtlinien ist in jedem Fall § 162 AO. Dabei ist zunächst danach zu fragen, ob der Gesetzgeber eine solche Regelung erlassen durfte bzw. wie diese Norm verfassungskonform zu verstehen ist. § 162 Abs. 1 S. 1 AO bestimmt: "Soweit die Finanzbehörde die Besteuerungsgrundlagen nicht ermitteln oder berechnen kann, hat sie sie zu schätzen."⁶² Die Norm enthält keine unbestimmten Rechtsbegriffe i.e.S. Zumindest werden nicht unbestimmte Rechtsbegriffe dieser Norm in den Schätzungsrichtlinien erläutert. Die Schätzungsrichtlinien sagen insbesondere nicht, wie der Begriff "schätzen" auszulegen ist; sie bestimmen vielmehr für den Fall, daß eine Schätzung der Besteuerungsgrundlagen vorgenommen wird, wie diese Schätzung dann im Ergebnis ausfallen soll.

-
- 61) BFH v. 15.11.56, BStBl 1957 III, S. 99 (100); v. 22.11.57, BStBl 1958 III, S. 44; v. 29.11.74, E 114, 425 (427); v. 27.10.78, E 126, 217 (219); v. 23.02.79, BStBl II, 390; v. 14.08.1981, BStBl II, S. 24 (27).
- 62) AO v. 16.03.76 (BGBl I, S. 613), zuletzt geändert durch Gesetz v. 21.12.81 (BGBl I, S. 1523).

Der Verwaltung wird hier auch kein Ermessensspielraum eingeräumt. § 162 AO legt die Voraussetzungen fest, unter denen zu schätzen ist. Allenfalls in dem Wort "schätzen" könnte die Einräumung eines Ermessens begründet liegen.

Wollte man § 162 AO aber dahingehend interpretieren, daß er der Verwaltung ein Ermessen im Bezug auf die Feststellung der Besteuerungsgrundlagen einräumt, so bestünden dagegen unter dem Gesichtspunkt des Rechtsstaatsvorbehalts erhebliche Bedenken.⁶³

Der BFH geht jedoch offensichtlich vom Vorliegen eines Ermessensspielraums der Verwaltung oder zumindest einer vergleichbaren rechtlichen Konstruktion aus, wenn er auf die "Gleichmäßigkeit der Besteuerung" abstellt,⁶⁴ und deshalb den VVen in ähnlicher Weise wie Ermessensrichtlinien Verbindlichkeit auch für die Gerichte zuspricht. Eine dritte Art der Einschränkung des Rechtsstaatsvorbehalts neben unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessen gibt es aber nicht.⁶⁵ Die Norm des § 162 AO kann daher verfassungskonform nur als Verpflichtung der Verwaltung angesehen werden, nach den Grundsätzen des Beweises des ersten Anscheins zu entscheiden, wenn die Besteuerungsgrundlagen nicht ermittelt oder berechnet werden können.

Für die Verwaltung bedeutet dies, daß sie zunächst zweifelsfrei feststellen muß, daß eine weitere Aufklärung nicht möglich ist, d.h., es darf eben gerade

63) Vgl. dazu auch Papier, Gesetzesvorbehalte, passim.

64) BFH v. 29.11.74, E 114, 425 (427); v. 17.12.76, E 212, 193 (195).

65) Vgl. Traskalik in Tipke, Grenzen des Rechtsstaatsvorbehalts, S. 328; Fragen des Beurteilungsspielraumes sollen hier nicht berührt werden; vgl. oben III. 2.

nicht - etwa aus Gründen der Gleichmäßigkeit der Besteuerung - grundsätzlich auf Schätzungsrichtlinien zurückgegriffen werden, sobald deren Tatbestandsmerkmale vorliegen. Dies mag zwar in vielen Fällen zutreffen, da die Schätzungsrichtlinien in der Regel die Fallgestaltungen berücksichtigen, in denen regelmäßig die Sachverhaltsermittlung Schwierigkeiten bereitet. Grundsätzlich muß aber diese Unaufklärbarkeit erst positiv festgestellt werden, und sie liegt sicher in den Fällen nicht vor, in denen der Steuerpflichtige eine andere Fallgestaltung geltend macht. Diese abweichende Beweislastverteilung darf nur die ultima ratio der Ermittlung der Besteuerungsgrundlagen sein, sie setzt Beweisnot im Einzelfall voraus.⁶⁶

Liegt diese Voraussetzung vor, hat die Verwaltung den Sachverhalt in freier Beweiswürdigung nach den Grundsätzen des ersten Anscheins zu beurteilen. Das bedeutet aber, daß es in diesem Rahmen weder einen Anspruch auf Gleichbehandlung gibt, genauso wenig wie einen Vertrauensschutz. Andernfalls würde man die Grundsätze der freien Beweiswürdigung verletzen. Diese Konsequenz aus einer Bindung an VVen zu ziehen, wird aber in der Diskussion um die VVen nirgends gezogen.

Damit die Verwaltung nun nicht in jedem Einzelfall, in dem die Besteuerungsgrundlagen nicht restlos aufgeklärt werden können, den üblichen Geschehensablauf erneut erforschen muß, um ihn dem prima-facie-Beweis zugrunde zu legen, ist es durchaus legitim, die Schlüsse, die gewöhnlich aus einem bestimmten Geschehensablauf gezogen werden können, in VVen festzuhalten. Die Schätzungsrichtlinien müssen dann aber auch tatsächlich den gewöhnlichen Verlauf der Dinge widerspiegeln. Soweit es sich hier nur um

66) Vgl. Isensee, Die typisierende Verwaltung, S. 116.

gegriffene Größen handelt,⁶⁷ können sie streng genommen von der Verwaltung nicht angewendet werden; da sie in diesem Fall den Steuerpflichtigen aber eher begünstigen, wird es nicht zu einem Prozeß kommen.

Für die Gerichte hat dies nun zur Konsequenz, daß auch sie bemüht sein müssen, zunächst den Sachverhalt vollständig aufzuklären. Ist dies geschehen, haben auch sie die durch § 162 AO vorgeschriebene Beweislastregelung zu beachten. D.h., die Gerichte dürfen, wenn die Besteuerungsgrundlagen nicht zweifelsfrei festgestellt werden können, die Steuern nicht zugunsten des Steuerpflichtigen festsetzen, sondern müssen aus den festgestellten Tatsachen nach den Grundsätzen des Beweises des ersten Anscheins den Schluß auf die üblicherweise daraus resultierenden Besteuerungsgrundlagen ziehen. Bei der Feststellung, was der nach der Lebenserfahrung übliche Verlauf ist, können sich die Gerichte aber nicht auf die Schätzungsrichtlinien stützen. Sie müssen den üblichen Verlauf aufgrund eigener Sachkunde oder aufgrund von Sachverständigengutachten ermitteln. Wenn die Finanzverwaltung dazu konkretes Zahlenmaterial oder Statistiken liefern kann, können diese freilich verwertet werden.⁶⁸

Von der Ansicht des BFH unterscheidet sich die hier vorgestellte Auffassung im Ergebnis nur darin, daß der Grad der Genauigkeit der Überprüfung ein etwas höherer sein muß. Der BFH verlangt von den Gerichten ja auch, daß sie zu prüfen haben, ob die Richtsätze nicht zu einer offensichtlich unzu-

67) Haueisen, NJW 1973, 641 (644).

68) Vgl. dazu oben III. 2.

treffenden Besteuerung führen.⁶⁹ Im übrigen sei im Hinblick auf die Frage der Praktikabilität eines solchen Verfahrens auf die dazu bereits gemachten Ausführungen verwiesen.⁷⁰

5. Bewertungsrichtlinien

Nach den Einzelsteuergesetzen hängen Art und Ausmaß der Rechtsfolgen sehr häufig von dem Wert einzelner oder aller Wirtschaftsgüter des Steuerpflichtigen ab. Damit wird die Bewertung eines Wirtschaftsgutes zu einer für die Steuerhöhe ganz entscheidenden Frage.⁷¹ Sie unterfällt dem Rechtsstaatsvorbehalt, da sich für den Bürger unmittelbar aus der Bewertung Rechte und Pflichten ergeben können.

§ 9 Abs. 1 BewG bestimmt nun: "Bei Bewertungen ist, soweit nichts anderes vorgeschrieben ist, der gemeine Wert zugrunde zu legen." Wie der gemeine Wert zu ermitteln ist, wird zum Teil im Gesetz⁷² oder in Rechtsverordnungen⁷³ erläutert.

Weitere Anweisungen, wie bei der Ermittlung des gemeinen Wertes vorzugehen ist, enthalten die Bewertungsrichtlinien.⁷⁴ Die Bewertungsrichtlinien stellen nun nicht etwa Vorschriften dar, die den

69) BFH v. 29.11.74, E 114, 425 (427); v. 17.12.76, E 121, 193 (195); v. 27.10.78, E 126, 217 (219); v. 14.08.1981, BStBl II, S. 24 (27).

70) Oben II. 1g) gg) und III. 1d).

71) Papier, Gesetzesvorbehalt, S. 124.

72) So gleich in § 9 Abs. 2 BewG.

73) So etwa in einer Verordnung aufgrund von § 12 Abs. 4 BewG.

74) Vgl. z.B. die Richtlinien über die Bewertung des Grundvermögens vom 19.09.1966, BStBl I, S. 890.

gesetzlichen Wertbegriff interpretieren,⁷⁵ sondern sie zeigen Wege auf, um diesen Wert zu ermitteln.⁷⁶ Es handelt sich demnach nicht um norminterpretierende VVen der Sachverhaltsermittlung. Die Bewertungsrichtlinien können jedoch den ermessenslenkenden VVen im Bereich der Sachverhaltsermittlung insoweit zugerechnet werden, als sie im Rahmen der gesetzlichen Bewertungsvorschriften den Ermessensspielraum ausfüllen, den auch hier § 88 AO gewährt.

Die Finanzbehörde kann danach die Art der Ermittlung bestimmen, sie kann festlegen, nach welchem Verfahren sie am geeignetsten den "gemeinen Wert" einer Sache ermittelt. Die Behörde kann sich in VVen auf ein bestimmtes Verfahren festlegen.

Wenn nun im gerichtlichen Verfahren gerügt wird, ein anderes Bewertungsverfahren, als das von der Behörde aufgrund ihrer Bewertungsrichtlinien gewählte, sei zu treffen, so hat das Gericht nur folgendes zu prüfen: zum einen ist hier immer besonders zu berücksichtigen, ob nicht das Bewertungsgesetz oder ein anderes Gesetz⁷⁷ bzw. eine Rechtsverordnung ein

75) Die in der vorangegangenen Fußn. erwähnten Richtlinien enthalten nun zwar überwiegend solche Erläuterungen des Gesetzes, es handelt sich insofern aber nicht um Bewertungsrichtlinien i.e.S.

76) Ossenbühl, VVen und GG, S. 349.

77) Vgl. etwa § 6 EStG.

spezielles Bewertungsverfahren vorsieht; zum anderen ist zu prüfen, ob sich die Behörde mit ihrer Wahl des Bewertungsverfahrens in dem durch § 88 AO vorgeschriebenen Ermessensspielraum bewegt und die Gleichbehandlung gewahrt ist, was an Hand der Bewertungsrichtlinien zu prüfen ist, die damit insofern für das Gericht Bedeutung gewinnen. Soweit diese Voraussetzungen erfüllt sind, gibt es für das Gericht nichts zu korrigieren.⁷⁸ Soweit dagegen im gerichtlichen Verfahren gerügt wird, daß die Feststellung über den gemeinen Wert im Ergebnis unzutreffend sei,⁷⁹ hat das Gericht den Sachverhalt selbständig zu ermitteln.⁸⁰

Wenn das Gericht dabei aber feststellen kann, daß das von der Behörde angewandte Bewertungsverfahren den gesetzlichen Vorschriften entspricht und den von § 88 AO eingeräumten Ermessensspielraum einhält, ist es nicht gehindert, ebenfalls auf dieses Bewertungsverfahren zurückzugreifen. Das Gericht wird sich in der Regel aus arbeitsökonomischen Gründen ohnehin so verhalten.

Das Gericht ist aber nicht verpflichtet, das von der Behörde in den Bewertungsrichtlinien niedergelegte Verfahren anzuwenden.⁸¹ Es ist in der Art seiner Sachverhaltsermittlung frei. Soweit dies im konkreten Fall Bedenken im Hinblick auf die Gleichbehandlung mit anderen Steuerpflichtigen hervorruft, ist dies nur ein Indiz dafür, daß die

78) Vgl. oben III. 3b).

79) Diese Differenzierung der vor Gericht vorgebrachten Rügen stellt sich wohl in der Praxis kaum, ist aber für die systematische Darstellung geeignet, und kann so auch in der Praxis zu zutreffenden Ergebnissen führen.

80) Vgl. § 76 Abs. 1 FGO.

81) Kampe, Steuerprozeß, S. 232.

gesetzlichen Regelungen nicht kompakt genug sind.⁸²

Wenn bei Bewertungen "der" gemeine Wert zugrunde zu legen ist, so wird damit allein zwar schon ein genau definierter Wert fingiert, aber für die Praxis sind doch weitere Bestimmungen unerlässlich. Zu fordern ist eine gesetzliche⁸³ Ausgestaltung, die so "kompakt wie nur möglich"⁸⁴ ist. Dabei wird freilich immer ein gewisser Spielraum bleiben, in dem auch Ungleichbehandlungen nicht auszuschließen sind. So sind etwa auch die Strafraumen im StGB oft weit gezogen, dennoch wird diesem Gesetz eine Justitiabilität nicht abgesprochen und eine Bindung an irgendwelche Richtlinien wird auch nicht gefordert.⁸⁵

82) Vgl. dazu oben II. 2a).

83) Kampe, Steuerprozeß, S. 232.

84) Zoller, Bedeutung des Art. 80 GG, S. 153;
vgl. auch oben II. 2a) a.E.

85) So werden etwa Strafkataloge für Verkehrsdelikte nur als inoffizielle Richtschnur behandelt; sie weichen auch zwischen den Gerichtsbezirken voneinander ab.

V. Schlußbemerkung

Zu den Ausgangspunkten der Überlegungen zum Rechtsstaatsvorbehalt gehörte die Erörterung des Prinzips der Gewaltenteilung. Ohne eine Gewaltenteilung wäre es auch der Verwaltung möglich, Gesetze zu erlassen und erst recht VVen mit für jedermann bindender Wirkung. Die staatlichen Gewalten bedürfen der gegenseitigen Beschränkung.

Weyreuther¹ meint demgegenüber, daß derjenige, der den Machtgewinn der Verwaltung fürchtet, sich fragen lassen müsse, "ob er nicht vielleicht immer noch von jenem Zerrbild beeinflusst wird, das die Verwaltung darstellt, als wisse sie nichts besseres zu tun, als Willkür zu üben."

In der Tat ist im Verlauf der Erörterung deutlich geworden, daß die Staatsgewalten eher zu wenig von der ihnen zustehenden Kompetenz Gebrauch machen als zu viel. So mußte festgestellt werden, daß der Gesetzgeber nicht immer in dem nötigen Umfang seinen Pflichtaufgaben nachkommt.

So wird auch vielfach darauf aufmerksam gemacht, daß der Gesetzgeber - quantitativ wie qualitativ - überlastet ist.²

1) DVBl 1976, 853 (858).

2) Weyreuther, DVBl 1976, 853 (857) m.w.N.

Die Verwaltung zieht es häufig vor, nicht mit der nötigen Genauigkeit zu ermitteln, sondern pauschalisiert und typisiert die vorgegebenen Sachverhalte oder unterläßt in Bagatellfällen Ermittlungen ganz. Damit werden die Gesetze nicht in dem erforderlichen Umfang vollzogen. Die Gerichte unterstützen diese Entwicklung teilweise noch, indem sie die von der Verwaltung vorgegebenen Pauschalierungen und Typisierungen aufgreifen, soweit sie im Einzelfall offensichtlich nicht zu falschen Ergebnissen führen.³ Auch für die Gerichte bedeutet es freilich eine Arbeitsentlastung, wenn sie nur eine grobe Schlüssigkeitsprüfung durchzuführen haben.

Für den Fall, daß die Kompetenzen eines Staatsorgans in unzureichendem Maße ausgeschöpft werden, hat das Grundgesetz keine besonderen Sicherungen vorgesehen. Auf diese Weise ist die Rechtsstaatlichkeit aber genauso in Gefahr wie durch die Anhäufung zu vieler Kompetenzen in einer Hand. Im Ergebnis ist auch hier die Verwaltung der gewinnende Teil: Kompetenzen, die die anderen Gewalten nicht wahrnehmen, fließen ihr zu;⁴ und die Verwaltung füllt diese Spielräume aus, indem sie bewußt der Verwaltungsvereinfachung den Vorrang einräumt.

3) Vgl. die Nachweise oben IV. 4.

4) Pestalozza, NJW 1981, 2081 (2083); vgl. auch oben II. 2.a), a.E.

Die Gefahren für den Rechtsstaat liegen in der gegenwärtigen Verfassungswirklichkeit darin, daß ein Eindringen von außen in dieses Ordnungsvakuum durch politische Pressionen oder aufgrund persönlicher Interessen möglich ist. Dies gilt es genauso zu verhindern, wie die ungezügelte Machtfülle eines Staatsorgans.

Eine Lösung dieses Problems muß wohl bei der Gesetzgebung ansetzen. Mängel des Verwaltungsrechts sind vorrangig Mängel der Gesetzgebung.⁵ Es scheint also nur die Möglichkeit zu geben, jedes Problem im Wege der Gesetzgebung zu lösen oder den Ordnungskonflikt unbewältigt zu lassen.⁶

Wenn man letzteres keinesfalls will, ist es vielleicht hilfreich, mit etwas bescheideneren Anforderungen an den Gesetzgeber heranzutreten.⁷ Die Forderung nach einfacheren Gesetzen wird dabei an erster Stelle stehen.⁸ Dies gilt insbesondere für das im Zusammenhang mit den VVen zur Sachverhaltsermittlung hier häufig zitierte Steuerrecht.⁹

-
- 5) So im Blick auf das Steuerrecht Trzaskalik in Tipke, Grenzen der Rechtsfortbildung, S. 334; Menger, Verwaltungsrichtlinien, S. 314.
6) So Zimmer, Gewaltenteilung, S. 334.
7) Vgl. Knobbe-Keuk, StuW 1981, 97 (103).
8) Wolff, Verwaltungsrecht I, § 17 IV a.
9) Vgl. oben III. 1d).

Der Gesetzgeber sollte sich auf klare Zweckbestimmungen beschränken, die Kasuistik aber dem von den Gerichten in engen Grenzen gehaltenen Ermessen der Verwaltungsbehörden überlassen.¹⁰

Das führt unmittelbar zur zweiten Forderung nach weniger Gesetzen. In vielen Fällen kann diese Forderung wohl erfüllt werden, ohne daß gleichzeitig Pflichtaufgaben des Gesetzgebers unerledigt bleiben.¹¹

Problematisch ist doch gerade im Steuerrecht die Tendenz, Regelungen über ihren Hauptzweck hinaus durch zusätzliche Bestimmungen in den Dienst vielfältiger konkurrierender Nebenzwecke zu stellen.¹² Eine Regelungstechnik, die jeden Einzelfall zu normieren beansprucht, vernichtet gerade eine sonst mögliche Einzelfallgerechtigkeit im Rahmen des Ermessens.¹³

Die Bereitschaft zur Normbefolgung könnte erhöht werden, sowohl auf Seiten des Bürgers wie auch gerade auf Seiten der Verwaltung. Die Verwaltung wäre dann weniger gezwungen, durch vereinfachende Sachverhaltsermittlungen, Vorschriften unbefolgt zu lassen. Vorschriften, deren Befolgung einen unverhältnismäßig hohen Verwaltungsaufwand erfordern, haben keine Existenzberechtigung.¹⁴ Ihre vermeintliche Gerechtigkeit ist nur ein Trug.¹⁵

10) Wolff, Verwaltungsrecht I, § 17 IV a; Menger, Verwaltungsrichtlinien, S. 315.

11) Vgl. die Beispiele bei Vogel, StuW 1980, S. 209 ff.

12) Lange, DVBl 1979, 533 (538).

13) Lange, ebd.

14) Lange, a.a.O., S. 538.

15) Vogel, StuW 1980, 206 (209).

Der Gesetzgeber hat das Recht und angesichts zu knapper Verwaltungsressourcen auch die Pflicht, selbst Typisierungen und Pauschalierungen vorzunehmen. Er kann auch soweit erforderlich, Bagatellgrenzen aufstellen. Dies ist ja gerade im Steuerrecht zum Teil bereits geschehen. Weiteres bleibt jedoch zu tun. Freilich muß Ungleiches ungleich behandelt werden, "wenn die Verschiedenheit der durch den Gesetzgeber geregelten Fälle so bedeutsam wäre, daß ihre Gleichbehandlung mit einer am Gerechtigkeitsdenken orientierten Betrachtungsweise unerträglich schiene."¹⁶ Einen gewissen Ausgleich zwischen diesen Prinzipien kann auch auf der Ebene der Gesetzgebung das Übermaßverbot bringen.¹⁷

Der Gesetzgeber kann z.B. nur eine gesetzliche Beweislastumkehr vorsehen, wenn eine starre Pauschalierung oder Typisierung dem Einzelfall zu wenig gerecht wird oder wenn aufgrund sich ändernder Verhältnisse eine größere Flexibilität wünschenswert erscheint. Schließlich bleibt noch die Möglichkeit, statt gesetzlicher Regelungen nur die Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen auszusprechen.¹⁸ In jedem Fall ist der Gesetzgeber selbst zur Entscheidung gedrängt, er muß einfache und klare Zielsetzungen vorgeben. Darin unterscheidet sich die Verwaltung von der

16) BVerfG v. 03.02.1959, E 9, 137 (146); v. 12.01.67, E 21, 73 (84).

17) Isensee, Stuw 1973, S. 199 (204); vgl. dazu auch Stelkens, Bonk, Leonhardt, Rdnr. 9 zu § 24 VwVfG und Klopfer, VVDStRL 40 (1982), 63 (79).

18) Vgl. dazu auch Breuer, DVBl 1978, 598 (601); gegebenenfalls durch Globalermächtigungen, die durch verfassungskonforme Interpretation bestimmbar und begrenzbar sind, BVerfG v. 12.11.58, E 8, 274 (311); Ossenbühl, DöV 1982, 833 (840) hält das Regelungsinstrument der Verordnung für prädestiniert für eine normative Bewertung und Fixierung von technischen Risiken; vgl. oben IV. 2.

gesetzgebenden Gewalt, als "der in erster Linie abstrakt-regelnden und kontrollierenden Funktion, die normative Maßstäbe setzt und Tätigkeitsrahmen absteckt, Rechte und Pflichten begründet."¹⁹

Für die Verwaltung ist dann der Weg für einen einfachen und praktischen Vollzug der Gesetze geöffnet; im übrigen ist sie nicht gehindert, auf den Anscheinsbeweis zurückzugreifen, muß aber darauf bedacht sein, im Einzelfall bei Vorliegen besonderer Umstände genauer zu prüfen, etwa im Widerspruchsverfahren.

Entsprechend wäre auch eine Überprüfung für die Gerichte einfacher. Gerade sie sind aber dazu aufgerufen, die Art und Weise der Sachverhalts-ermittlung der Verwaltung kritisch zu betrachten, besonders wenn Vereinfachungsanweisungen dazu vorliegen. Mag hier auch viel Sachverstand der Verwaltung eingeflossen sein, die Gerichte kommen nicht umhin, sich selbst diesen Sachverstand - und sei es auf dem Weg über unabhängige Sachverständige - zu eigen zu machen.

19) Böckenförde, Organisationsgewalt, S. 86,
v. Münch in Erichsen Martens, Allg. VwR, S. 4.

In der vorliegenden Arbeit wurde versucht, möglichst klare, vom Grundsätzlichen ausgehende Richtlinien für die Behandlung der VVen zur Sachverhaltsermittlung durch die Gerichte aufzustellen. Die rechtlichen Grenzen ihrer Anwendung durch die Gerichte sind aufgezeigt, der entsprechende Vollzug in der gerichtlichen Praxis erscheint praktikabel. Würden die Gerichte die VVen zur Sachverhaltsermittlung konsequent in dem engen, ihrer Bedeutung entsprechenden Rahmen anwenden, sähe sich der Gesetzgeber wohl auch noch eher dazu gezwungen, seine Gesetzgebungspraxis danach einzurichten. Die Gerichte könnten damit dem Rechtsstaatsvorbehalt zur Durchsetzung verhelfen und so zu einem Motor für eine Entwicklung hin zu mehr Rechtsstaatlichkeit werden.

Zwangsmittel, um einer Entwicklung in diese Richtung einzuleiten, sieht das Grundgesetz nicht vor. Es bleibt nur der Appell an die Staatsgewalten. Auch dieser ist sicher leichter ausgesprochen, als in die Tat umgesetzt. Viele Probleme der praktischen täglichen Arbeit werden sich möglicherweise einer "einfachen und klaren" Lösung verschließen. Dennoch muß es das Ziel bleiben, die Rechtsstaatlichkeit im Zusammenhang mit den VVen zur Sachverhaltsermittlung durchzusetzen, die Konsequenzen aus dieser Forderung wurden hier dargelegt. Auch soweit sie in der Praxis nicht in jedem Einzelfall realisierbar sind, gilt es doch auf dieser Linie zu arbeiten und die klaren Grundsätze der nur sehr beschränkten Anwendung der VVen zur Sachverhaltsermittlung durch die Gerichte nicht aus den Augen zu verlieren.

Lebenslauf

Am 4. Juli 1956 wurde ich in Nürnberg als erstes Kind meiner Eltern Heinz und Irmgard Ossig geboren.

An meinem Geburtsort besuchte ich zunächst die Grundschule und anschließend das humanistische Melanchthon-Gymnasium. Nach dem Abitur im Juni 1975 leistete ich meinen Grundwehrdienst in Regensburg ab.

Die Erste Juristische Staatsprüfung legte ich nach acht Semestern im Herbst 1980 an der Friedrich-Alexander-Universität in Erlangen-Nürnberg ab. Den juristischen Vorbereitungsdienst absolvierte ich in Nürnberg und Ansbach. Am 21. September 1983 bestand ich die Zweite Juristische Staatsprüfung.

Nach Abschluß meiner Ausbildung wurde ich am 1. November 1983 in den höheren Dienst im Bayerischen Staatsministerium für Unterricht und Kultus eingestellt.

